Die Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft gegenüber den Mitgesellschaftern

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Vorgelegt von

Hans Friedrich Gutleben
aus München.

1939

Pilger-Druckerei G. m. b. H., Speyer a. Rh.

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Alfred Hueck.
Mitberichterstatter: Professor Dr. Rudolf Müller-Erzbach.

*

Tag der Genehmigung: 25. November 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung: 9
Das Ziel der Arbeit 9

I. Abschnitt.

Allgemeine Begriffe der Haftung.

§ 2. Die rechtliche Grundlage der Haftung 10
§ 3. Der Träger der Haftung 12
§ 4. Die Geschäftsführung 15
I. Begriff und Wesen der Geschäftsführung 15
II. Umfang der Geschäftsführung 16
§ 5. Zeitliche Grenzen der Haftung 19
I. Beginn der Haftung 19
II. Ende der Haftung 20

II. Abschnitt.

Haftung bei der Einzelgeschäftsführung.

§ 6. Die Einzelgeschäftsführung 22
§ 7. Hauptfälle der Haftung bei der Einzelgeschäftsführung . . . 23
I. Haftung bei Verweigerung der Geschäftsführungspflicht . 23
II. Haftung bei Geschäften, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt 24
III. Haftung bei Überschreiten der Befugnisse 26

III. Abschnitt.

Haftung bei dem Widerspruchsrecht.

§ 8. Das Widerspruchsrecht 28
I. Das Widerspruchsrecht im Schrifttum 28
II. Die rechtliche Bedeutung des Widerspruchsrechts . . . 30
III. Gültigkeitsvoraussetzungen des Widerspruchs 33
a) Subjekt und Objekt des Widerspruchs 34
b) Die formellen Voraussetzungen des Widerspruchs . . 37
IV. Der beachtliche Widerspruch 39
§ 9. Hauptfälle der Haftung beim Widerspruchsrecht 48
I. Haftung bei pflichtwidriger Erhebung oder Unterlassung eines Widerspruchs 48
II. Haftung bei schuldhafter Befolgung eines unbeachtlichen Widerspruchs 50
III. Haftung bei schuldhafter Nichtbeachtung eines Widesrpruchs 51
IV. Grenzfälle 53

IV. Abschnitt.

§ 10. **Haftung bei Gesellschafterbeschlüssen** 55
I. Die Ausübung des Stimmrechts 55
II. Haftung bei Ausübung des Stimmrechts 58

V. Abschnitt.

Haftung bei Notgeschäftsführung, Prokura-Erteilung und bei vertraglich geregelter Geschäftsführung.

§ 11. Haftung bei Notgeschäftsführung und Prokura-Erteilung . . 59
§ 12. Haftung bei vertraglich geregelter Geschäftsführung . . . 60

VI. Abschnitt.

Folgen der Haftung.

§ 13. Der Umfang und die Geltendmachung des Schadens . . . 63
I. Grund und Umfang der Ersatzpflicht 63
II. Geltendmachung des Schadens 69

Schrifttum.

I. Lehrbücher, Kommentare und Aufsätze.

1. Behrend J. Fr. — Lehrbuch des Handelsrechts, Band I, Abt. 1 und 2, Berlin, 1886.
2. Berner Ernst — Die Gründung und die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Kommges., Leipzig, 1904.
3. Brand KGR. — Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin, 1911.
4. Cosack — Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Auflage, Stuttgart, 1932.
5. Crome — System des Bürgerlichen Rechts. II. Recht der Schuldverhältnisse. 1902.
6. Düringer-Hachenburg — Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 auf der Grundlage des BGB, 3. Auflage, Mannheim, 1932.
7. Eckerle — Vertretung und Geschäftsführung. Mitteilungen des Bayer. Notarvereins, 1. Jahrg. 1924.
8. Endemann — Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 1881.
9. Enneccerus (Kipp-Wolff) — Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I Einl. 13. Bearbeitung von Nipperday, 1931.
10. Entwurf (I) — eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift, aufgestellt im Reichsjustizministerium, 1896.
11. Entwurf (II) — eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf des Handelsgesetzbuches und des Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897.
12. Fischer-Henle — Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Kommentar, 13. Aufl. 1927.
13. Flechtheim — Zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschafterbeschlüssen JW. 1925, S. 564.
14. Gareis — Das Deutsche Handelsrecht, 8. Auflage, Berlin, 1909.
15. Gierke Otto v. — Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.
16. Gierke Julius v. — Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Auflage, 1933.
17. Gorski v. — Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft, Wien, 1888.
18. Haberland — Rechts- und Wirtschaftsprobleme der offenen Handelsgesellschaft, Berlin 1921.
19. Hachenburg — Der Ausschluß des Stimmrechts bei der GMBH. LZ. 1914 S. 1260.
20. Heck — Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmangel bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Festschr. f. Gierke 1911 S. 319.
21. Hahn Friedr. v. — Komm. zum HGB. 2. Aufl. Braunschweig 1867.
22. Hergenhahn-Tuchatsch — Die offene Handelsgesellschaft 1894.
23. Heymann — Festschrift für Wieland S. 230.
24. Hueck — Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR. Bd. 83 S. 1 ff. 1920.
Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften. Arbeiten z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 62, 2. Bd.
Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Festschrift für Rudolf Hübner zum 70. Geburtstag, Jena 1935.

25. Jaeger	Die OHG im Zivilprozeß, Festgabe für Rudolf Sohm 1915.
26. Koenige	Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 4. Aufl. Berlin 1936 (Teichmann, Koehler).
27. Kormann	Gegensätzliches Handeln von Personen mit gleicher Handlungsmacht, insbes. der Gesellschafter einer OHG. Gruchots Beitr. 57 (1913) S. 497.
28. Knoke	Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB für das Deutsche Reich. Jena 1901.
29. Lehmann-Ring	Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Kommentar z. HGB und seinen Nebengesetzen, 2. Aufl. Berlin, 1914.
30. Lehmann-Koeniger	Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. Berlin-Leipzig, 1921.
31. Loebinger	Abänderung des Inhalts eines Gesellschaftsvertrages gem. §§ 705 ff. durch Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafter in DIZ. 1911 S. 151.
32. Ludewig	Grenzen des Stimmrechts des geschäftsführenden Gesellschafters einer OHG. JW. 1925, S. 2586.
33. Makower H.	Handelsgesetzbuch mit Kommentar 13. Aufl. (F. Makower) Berlin, 1906.
34. Neufeld-Schwarz	Handelsgesetzbuch, Kommentar zum HGB. und seinen Nebengesetzen. 2. Aufl. Berlin 1931.
35. Müller-Erzbach	Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Aufl. Tübingen 1923.
36. Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. 5. Aufl. 1929.
37. Planck	Kommentar zum BGB; die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht. Berlin, 1901.
38. Plathner	Über die Schutzmittel der Teilhaber von OHG. gegen Unredlichkeit ihrer Genossen in Gruch. Beitr. 37. S. 68.
39. Renaud	Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig, 1881. 4. Aufl. 1928.
40. RGR. Kommentar	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 8. Aufl. 1924.
41. Ritter Karl	Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage. München und Berlin, 1932.
42. Rümelin	Culpahaftung und Kausalhaftung in Arch. f. Ziv. Praxis 88, S. 285.
43. Starke	Offene Handelsgesellschaft, Kommges. und stille Gesellschaft von der Errichtung bis zur Auflösung, Berlin-Leipzig, 1928.
44. Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. (Pinner-Bondi, usw.) Berlin, 1932.
45. Staub	Kommentar zum BGB. 14. Aufl. 1932.
46. Staudinger	Kommentar zum BGB. 9. Aufl.
47. Weidenbaum	Zum Widerspruchsrecht bei der OHG und bei der Kg. Zeitschr. f. Handels- und Konkursrecht. Bd. 99, 1934 S. 35 ff.
48. Wieland	Handelsrecht. I. Bd. System. Handbuch der Rechtswissenschaft, 1921.
49. Zahn	Deutsche Justiz 1935, S. 27.

50. Behrens	Die Rechte des offenen Handelsgesellschafters im Innenverhältnis, Diss. Leipzig, 1907.
51. Ellinger Arndt	Die Haftung der Gesellschafter von handelsrechtlichen Personalgesellschaften bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages, Diss. Erlangen, 1934.
52. Fiedler	Die Geschäftsführungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, Diss. Leipzig, 1909.
53. Hahn	Das Widerspruchsrecht des geschäftsführenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft nach § 115, Abs. I HGB. Diss. Jena, 1934.
54. Hamel	Die Rechtsnatur der OHG. Diss. Bonn, 1928.
55. Jehring	Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht eines Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Leipzig, 1936.
56. Mahnkopf	Die Rechtsverhältnisse zwischen der OHG und dem einzelnen Gesellschafter. Diss. Erlangen, 1898.
57. Meffert	Die Rechtsstellung des Gesellschafters in der OHG unter bes. Berücksichtigung des Führerprinzips, Diss. Erlangen, 1936.
58. Nebel	Das Widerspruchsrecht des offenen Handelsgesellschafters nach § 115 HGB Diss. Göttingen 1928.
59. Oelfke	Der Unterschied der OHG von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Diss. 1903.
60. Rathsburg	Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Leipzig, 1909.
61. Schlegel	Allgemeine und besondere Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters, Diss. 1924.
62. Schütte	Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Köln, 1931.
63. Tobias	Die Geschäftsführung in der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Leipzig, 1911.
64. Trautmann	Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander bei der offenen Handelsgesellschaft unter Berücksichtigung ausl. Rechte, Diss. Köln, 1927.
65. Vierneusel	Inwieweit finden auf das Gesellschaftsverhältnis die Regeln vom gegenseitigen Vertrag Anwendung? Diss. 1931.
66. Weil	Das Geschäftsführungsrecht bei der offenen Handelsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Widerspruchsrechts. Diss. Tübingen, 1932.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548311_0220

§ 1 Einleitung.

Das Ziel der Arbeit.

Die Haftung des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft ist eine doppelte, die Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, also nach außen, und die Haftung gegenüber den Mitgesellschaftern nach innen. Das Innenverhältnis der Gesellschaft ist von dem Außenverhältnis bei jeder Untersuchung von Rechtsfragen der offenen Handelsgesellschaft scharf zu unterscheiden. Das tritt auch in der gesetzlichen Regelung deutlich hervor. In den §§ 109 bis 122 regelt das HGB das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander, während die §§ 123 bis 130 die Bestimmungen über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten enthalten. Bei der Regelung des Innenverhältnisses spricht das Gesetz, das HGB wie das BGB, von „Geschäftsführung", bei der Regelung des Außenverhältnisses von „Vertretung".

Die Unterscheidung von Geschäftsführung und Vertretung, mag sie auch im Sprachgebrauch des täglichen Lebens nicht immer beachtet werden, ist für die Erkenntnis der Rechtsverhältnisse der OHG von grundlegender Bedeutung. Da ein Akt der Vertretung in den meisten Fällen auch ein Akt der Geschäftsführung sein kann, so ist für die Entscheidung, ob eine Handlung als Akt der Geschäftsführung oder Vertretung zu werten ist, allein maßgebend, ob die Handlung vom Standpunkt der Gesellschaft oder eines Dritten betrachtet wird[1]). Die Geschäftsführung ist aber keineswegs das genaue Abbild der Vertretung nach innen.

Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis bestimmt, in welchem Rahmen der Gesellschafter für die Gesellschaft tätig werden darf. Überschreitet er diesen Rahmen, so begeht er seinen Mitgesellschaftern gegenüber, also im Innenverhältnis, eine Pflichtverletzung, gleichgültig, ob die Handlung nach außen hin wirksam ist und die OHG Dritten gegenüber bindet. Die vorliegende Arbeit will sich nur mit dieser Pflichtverletzung im Innenverhältnis und der aus ihr entspringenden Haftung befassen. Und zwar soll von dem Innenverhältnis wiederum nur das Gebiet der Geschäftsführung untersucht werden. Andere Fragen der Haftung im Innenverhältnis, wie sie z. B. bei der Gründung der Gesellschaft oder bei der Verpflichtung zur Beitragsleistung entstehen, liegen nicht im Bereich dieser Arbeit.

Haften bedeutet in der Rechtssprache zunächst nur, daß jemand für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen einzustehen hat. Staudinger[2]) sagt, Haftung sei „rechtliche Belangbarkeit wegen einer bestimmten Schuld". Von Haftung im engeren Sinn spricht man

[1]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 114 Anm. 1; Müller-Erzbach S. 192; Wieland S. 576, Anm. 24.

[2]) Vergl. Staudinger Bd. II, 1 S. 5.

aber erst dann, wenn eine bestimmte Schuld nicht erfüllt wurde und dadurch ein Schaden eingetreten ist.

Das Ziel der Arbeit ist es, zunächst allgemein, und sodann für die verschiedenen Arten der Geschäftsführung, die Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern bezw. der Gesellschaft festzustellen. Sodann soll untersucht werden, in welcher Weise die festgestellten Pflichten verletzt werden können und welche Folgen sich an die verschiedenen Verletzungen knüpfen.

I. Abschnitt.

Allgemeine Begriffe der Haftung.

§ 2 Die rechtliche Grundlage der Haftung.

Die rechtliche Grundlage der Geschäftsführung ist stets der Gesellschaftsvertrag und nicht etwa ein Dienstvertrag (Anstellung)[3]). In dem Gesellschaftsvertrag als einem modifizierten gegenseitigen Vertrag, einem „Organisationsvertrag“[4]), verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung des Gesellschaftszwecks in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705 BGB).

Der Vertragsabschluß ist an keine Form gebunden, er kann schriftlich oder mündlich oder auch stillschweigend geschehen. In letzterem Falle müssen aber die Vertragsschließenden durch bestimmte Handlungen mit Deutlichkeit die Absicht zu erkennen geben, daß ein Gesellschaftsvertrag geschlossen werden soll[5]). Unter Gesellschaftsvertrag ist zunächst der Errichtungsakt, dann aber auch alle späteren vertraglichen Änderungen und Ergänzungen zu verstehen.

Der Gesellschaftsvertrag begründet die Rechte und Pflichten der Gesellschafter im Innenverhältnis. Die Regelung des Innenverhältnisses kann von den Vertragsschließenden in den Grenzen der Vertragsfreiheit nach ihrem Gutdünken vorgenommen werden. Nur wenn in dem von den Gesellschaftern festgelegten Gesellschaftsvertrag über das Innenverhältnis oder Teile von ihm keine Bestimmungen getroffen werden, finden die §§ 110 bis 121 Anwendung (§ 109 HGB)[6]). Man spricht daher von dem dispositiven Charakter der §§ 110 bis 121 HGB, die gleichsam einen „Mustervertrag für offene Handelsgesellschaften“ darstellen. Auf die offene Han-

[3]) Vergl. Wieland, S. 561.
[4]) Vergl. Müller-Erzbach, S. 179, Abs. 4.
[5]) Vergl. Berner, Die Gründung und Geschäftsführung der OHG, S. 5.
[6]) Vergl. Hueck, Gesellschaftsbeschlüsse, S. 707: „Das Schweigen des Gesellschaftsvertrags bedeutet, daß die gesetzlichen Regeln maßgebend sein sollen.“

delsgesellschaft finden ferner nach § 105, II HGB die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft Anwendung, soweit nicht die §§ 105 bis 160 HGB ein anderes vorschreiben. § 713 BGB setzt fest, daß die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 bestimmen, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt.

Der Gesellschaftsvertrag ist für die Verpflichtung zur Förderung der Gesellschaftsinteressen, also für die Geschäftsführung, nicht nur die Quelle, sondern auch die Grenze[7]). § 705 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß die Gesellschafter die Erreichung des gemeinsamen Zweckes „in der durch den Vertrag bestimmten Weise" zu fördern haben. Außerhalb dieser Grenzen kann jeder Gesellschafter auch seine eigenen Interessen fördern, selbst wenn sie nicht mit den Gesellschaftsinteressen übereinstimmen. Auf diese Erkenntnis gründet Hueck die Unterscheidung zwischen den sogenannten „Pflichtrechten" und den „eigennützigen Gesellschaftsrechten"[8]), eine Unterscheidung, die für diese Arbeit von besonderer Bedeutung ist.

§ 114, I stellt ausdrücklich fest, daß (grundsätzlich) alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sind. Bei der OHG. als „Arbeitsgemeinschaft"[9]) sind daher grundsätzlich alle Gesellschafter zu gleichmäßiger Mitarbeit berechtigt und verpflichtet. Die „Berechtigung" zur Geschäftsführung bedeutet, daß ein Gesellschafter verlangen kann, daß es ihm ermöglicht wird, die ihm zukommende Tätigkeit in leitender Stellung auszuüben[10]).

Jedoch kann durch den Gesellschaftsvertrag die Mitarbeit der Gesellschafter nach Belieben auch anders geregelt werden. So ist es möglich, daß einem Gesellschafter lediglich das R e c h t zur Geschäftsführung eingeräumt wird, er aber der P f l i c h t zur Geschäftsführung enthoben wird[11]). An der Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters ändert eine solche Regelung nichts, sobald der Gesellschafter für die Gesellschaft tätig wird. Denn auch ein Gesellschafter, der zur Ausübung der Geschäftsführung nur berechtigt ist, haftet, sobald er für die Gesellschaft tatsächlich Handlungen vornimmt, wie ein verpflichteter Gesellschafter, muß also für die Sorgfalt einstehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[12]). Nur für das „Unterlassen" einer Geschäftsführungshandlung kann ein solcher Gesellschafter nicht in Anspruch genommen werden.

---

[7]) Vergl. Hueck, Treuegedanke, S. 11.
[8]) Vergl. Hueck, Treuegedanke, S. 12.
[9]) Vergl. Müller-Erzbach, S. 192.
[10]) Vergl. Wieland, S. 562.
[11]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 6; Staub-Pinner, § 114, Anm. 3; Schwarz, § 114, Anm. 3; RG. bei Holtheim 05, 74.
[12]) Vergl. Wieland, S. 565, Anm. 16; RG. bei Holtheim 14, 47.

Der umgekehrte Fall, daß also ein Gesellschafter nur die Pflicht, nicht aber das Recht zur Geschäftsführung hat, von dem Düringer-Hachenburg[11]) spricht, ist schwer vorstellbar. Denn wenn der „Gesellschafter" zur Geschäftsführung nur verpflichtet ist, so dürfte ein Dienst- oder Auftragsverhältnis vorliegen[13]). Die Pflicht zur Geschäftsführung würde also nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringen. Es kann auch bestimmt werden, daß die Verpflichtung zur Geschäftsführung nur subsidiär besteht, also z. B. für den Fall der Krankheit oder Verhinderung eines anderen Gesellschafters.

Ist ein Gesellschafter zur Geschäftsführung verpflichtet, so bedeutet das nicht nur, daß er die laufenden Geschäfte zu erledigen hat, er hat auch stets bestrebt zu sein, neue Geschäfte und Möglichkeiten für die Gesellschaft ausfindig zu machen, und in den Grenzen des Gesellschaftsvertrags seine ganze Arbeitskraft für das Gedeihen der Gesellschaft einzusetzen.

§ 3 Der Träger der Haftung.

Der Träger der Haftung ist der geschäftsführende Gesellschafter. Die Geschäftsführung steht, wie schon erwähnt, grundsätzlich allen Gesellschaftern zu. Dies verlangt schon der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter[14]). Auch nach dem Gefahrentragungsgedanken ist die unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten nur dann gerechtfertigt, wenn wenigstens die Möglichkeit besteht, daß alle Gesellschafter auf die Geschäftsführung einwirken können[15]). Die Regelung des § 114, I HGB ist aber nicht zwingendes Recht. Im Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführungsbefugnis auf einen oder mehrere Gesellschafter übertragen werden, wodurch dann die anderen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden (§ 114, II HGB).

Mitglied einer OHG kann jede rechtsfähige Person sein. Daher können auch minderjährige Gesellschafter einer OHG werden. Die Geschäftsführung übt für sie ihr gesetzlicher Vertreter aus[16]). Hat der Minderjährige mehrere Vormünder, so üben diese die Geschäftsführung gemeinschaftlich aus, vorausgesetzt, daß das Vormundschaftsgericht nicht einen von ihnen besonders beauftragt hat (§ 1792, II BGB).

---

[13]) Vergl. Gorski, S. 47; Staub-Pinner, § 114, Anm. 4; Bolze 2 Nr. 1095.
[14]) Vergl. Müller-Erzbach, S. 192, 195.
[15]) Vergl. Müller-Erzbach, S. 196.
[16]) Pinner, § 115, Anm. 1; Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 3; Wieland 572, Anm. 47 u. a. m.

Grundsätzlich ist auch die juristische Person nicht von der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Die Frage, ob die mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Handelsgesellschaften, insbesondere die AG und GmbH an einer OHG teilnehmen können, war lange Zeit strittig. In der Rechtssprechung ist dieser Streit entschieden. Das Reichsgericht hat in der ausführlich begründeten Entscheidung vom 4. 7. 1922[17]) die Teilnahme einer AG oder GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin einer OHG für zulässig erklärt, die führenden Kommentare haben sich dieser Meinung angeschlossen[18]). Die juristischen Personen werden in der Geschäftsführung durch ihre Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer oder firmierenden Gesellschafter wirksam vertreten[19]). Auch die Frage der Mitgliedschaft einer OHG bei einer OHG war bestritten, wird jedoch mit Recht von der herrschenden Meinung ebenfalls bejaht[18a]).

Bei der Untersuchung der Frage, wer Träger der Haftung, also verantwortlich Handelnder ist, erhebt sich weiter die Frage, ob ein geschäftsführender Gesellschafter sich vertreten lassen kann und ob er die Geschäftsführung an Dritte übertragen kann. Die Geschäftsführung ist grundsätzlich unübertragbar und höchstpersönlich wahrzunehmen (§§ 713, 664 BGB). Der geschäftsführende Gesellschafter darf die Geschäftsführung als solche einem Dritten nicht übertragen (§§ 664 BGB), denn die übrigen Gesellschafter haben ja mit dem Geschäftsführer den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, bei ihm glaubten sie ihre Interessen in guten Händen und nur ihr persönliches Vertrauen gab dem handelnden Gesellschafter seine große Verfügungsmacht. Mit dieser persönlichen Bindung läßt sich aber die Übertragung der Geschäftsführung an einen Dritten nicht vereinbaren. Bei der Weitergabe der Geschäftsführung hätten die übrigen Gesellschafter keinerlei Sicherheit für eine sachgemäße Erledigung der Gesellschaftsgeschäfte. Eine Vertretung in der Geschäftsführung, im Sinne einer Unternehmungsleitung, kann nur durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden[18b]). Wenn ein Gesellschafter verbotswidrig die Geschäftsführung an einen Dritten überträgt, so haftet er für jedes Verschulden eines Beauftragten. Wird einem Gesellschafter dagegen eine völlige oder teilweise Übertragung seiner Aufgaben an einen Dritten erlaubt, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden nach § 646 BGB. zu vertreten[20]).

Der Grundsatz, daß der Gesellschafter die Geschäftsführung persönlich wahrzunehmen hat, darf nicht zu eng ausgelegt werden. In

---

[17]) Vergl. RG. 105, 101 = JW. 22, 1676, 4.

[18]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 105, Anm. 20; Staub-Pinner § 105, Anm. 22; Brand, § 105, Anm. 2; Schwarz § 105, Anm. 15.

[18a]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 105, Anm. 22; Müller-Erzbach S. 186.

[18b]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 3; Wieland S. 572; RG. 2, 30.

[19]) Vergl. zust. RG. 123, 299.

[20]) Vergl. Staub-Pinner, § 114, Anm. 6; weitergeh. Wieland S. 574, Anm. 4.

keiner Gesellschaft kann der Gesellschafter alle Geschäftsführungshandlungen selbst vornehmen, er muß sich durch Geschäftspersonal unterstützen lassen. Der Geschäftsführer ist dann geradezu verpflichtet, seine Arbeitskraft an der für die Gesellschaft nützlichsten und wichtigsten Stelle anzusetzen und darf sich nicht mit untergeordneten Dingen zersplittern. In welchem Umfang er sich bei der Geschäftsführung der Angestellten bedienen darf, richtet sich nach Art und Größe der Gesellschaft und nach der bisherigen Übung[21]).

Auf die Haftung des Geschäftsführers für Verschulden des kaufmännischen Personals finden nach Wielands richtiger Ansicht[22]) die Grundsätze über die Übertragung der Ausführung eines Auftrags nicht ohne weiteres Anwendung. Die Angestellten sind nicht „Substituten" des Geschäftsführers. Der Geschäftsführer würde dann nur für die Sorgfalt bei der Auswahl einzustehen haben (§ 664, I, 2 BGB)[23]). Dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft entspricht die Anschauung Wielands am besten, wonach der geschäftsführende Gesellschafter die Oberleitung in allen Geschäftsführungsangelegenheiten hat und somit die Angestellten auszuwählen und ihre Tätigkeit zu überwachen hat. (Haftung für culpa in eligendo et custodiendo). Anders ist es mit Arbeiten, die außerhalb des Geschäftsbetriebes liegen, wie z. B. der Führung von Rechtsstreitigkeiten oder der Ausführung von Bauvorhaben. Da der Gesellschafter sie in der Regel nicht selbst ausführen kann, ist er berechtigt, Dritte damit zu beauftragen, hinsichtlich deren er nur für sorgfältige Auswahl verantwortlich ist, während ihm eine Überwachung dieser Tätigkeit Dritter regelmäßig nicht zuzumuten ist.

In Wege der vertraglichen Vereinbarung kann die Geschäftsführung nach Geschäftsarten oder örtlichen Bezirken verteilt werden, sodaß z. B. ein Gesellschafter die technische und ein anderer die kaufmännische Leitung des Betriebes übernimmt. In einem solchen Falle der tatsächlichen Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis kommt Abs. 2 des § 114 entsprechend zur Anwendung, d. h. die Gesellschafter sind nur zur Geschäftsführung auf ihrem Arbeitsgebiet berechtigt und verpflichtet. Eine solche Arbeitsteilung liegt aber nur vor, wenn sie vertraglich bindend vereinbart wurde, entweder im Gesellschaftsvertrag bei der Errichtung der Gesellschaft oder in einer späteren Abmachung sämtlicher Gesellschafter. Ob diese Arbeitsteilung für die Dauer vorgesehen war oder nur auf Zeit, spielt keine Rolle. Von der vertraglichen Abgrenzung der Arbeitsgebiete ist scharf zu trennen die nur von den geschäftsführenden Gesellschaftern vereinbarte Arbeitseinteilung. Eine solche Verwaltungsmaßnahme, die eine möglichst reibungslose Geschäftsführung ge-

---

[21]) Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 7; Wieland S. 574.
[22]) Vergl. Wieland, S. 573.
[23]) So Staub-Pinner, § 114, Anm. 6; Gorski S. 63.

währleisten soll, befreit den einzelnen Gesellschafter nicht von seiner Verantwortung für den ganzen Geschäftsbetrieb[24]).

Ferner ist es möglich, daß ein Gesellschafter eine Handlung nicht als Geschäftsführer, sondern als Beauftragter wie ein Fremder vornimmt. Entscheidend ist hier vor allem, ob ein besonderer Lohn ausbedungen wurde[25]). In letzterem Falle kommen die allgemeinen Haftungsgrundsätze des BGB. zur Anwendung.

§ 4 Die Geschäftsführung.

I. Begriff und Wesen der Geschäftsführung.

Die Versuche, den Begriff der Geschäftsführung der OHG zu definieren, sind im Schrifttum sehr zahlreich. Die Schwierigkeit, diesen Begriff in kurzen Worten darzulegen, liegt vor allem in den vielseitigen Möglichkeiten der Gestaltung und Ausübung der Geschäftsführung begründet. Mit Düringer-Hachenburg[26]) wird man sagen können: „Die Geschäftsführung umschließt alle diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, die sich als Betätigung der gemeinsamen Wirtschaftsorganisation in der Richtung auf den Gesellschaftszweck darstellen."

Das Wesen einer offenen Handelsgesellschaft entspricht dem einer Arbeitsgemeinschaft. Die Gesellschafter haben sich unter gemeinschaftlicher Firma zusammengeschlossen, sei es, weil das Kapital, sei es, weil die Arbeitskraft eines Einzelnen zum Betriebe des Handelsgewerbes nicht ausreichte.

Die wichtigste Grundlage einer erfolgreichen Führung der Gesellschaftsgeschäfte ist das gegenseitige Vertrauen der Gesellschafter. Ohne weitgehendes Vertrauen zu den Personen, mit denen die OHG betrieben werden soll, wird eine offene Handelsgesellschaft nie zustandekommen[27]). Es ist dann aber auch die vornehmste Pflicht jedes Gesellschafters, insbesondere der geschäftsführenden Gesellschafter, sich dieses Vertrauens würdig zu erweisen.

Die gemeinsame unbeschränkbare Haftung der Gesellschafter (§ 105 HGB), das gemeinsame Streben nach Erfolg, nach Gewinn, vor allem der gemeinsame Gesellschaftszweck, den in tätiger Mitarbeit zu fördern die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag sich verpflichtet haben, formen eine Interessengemeinschaft[27]) und rufen bei den einzelnen Gesellschaftern als Vertragsparteien starke persönliche Beziehungen hervor. Diese Beziehungen kann man „nicht in rein vermögensrechtliche Ansprüche der Parteien gegeneinander auflösen. Sie werden beherrscht von dem Gesichtspunkt der persönlichen Verbundenheit und der daraus entspringenden Treu-

---

[24]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 5; Wieland S. 572; RGZ. 98, 100.
[25]) Vergl. Staub-Pinner, § 114, Anm. 14.
[26]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 2.
[27]) Vergl. Müller-Erzbach, S. 179.

pflicht der Gesellschafter untereinander“[28]). Mit Recht sagt Hueck, daß sich zahlreiche Einzelprobleme des Gesellschaftsrechts nur von hier aus klären lassen. Das Vertrauen der Gesellschafter untereinander ist die erste Voraussetzung einer gedeihlichen Geschäftsführung. Sinn und Richtung wird diesem Verhältnis erst durch die Verpflichtung der Gesellschafter zu treuer Zusammenarbeit gegeben. Die Gesellschaftstreue fordert vor allem, daß der Gesellschafter bei seinem ganzen Tun und Lassen als Geschäftsführer in erster Linie die Interessen und das Wohl der Gesellschaft berücksichtigt. So hat es der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag versprochen, aus diesem Grunde vertrauen die übrigen Gesellschafter auf ihn und für dieses Versprechen hat er einzustehen. Deshalb hat der geschäftsführende Gesellschafter in allen Angelegenheiten der Geschäftsführung die Interessen der Gesellschaft vor seinen eigenen zu fördern.

II. Umfang der Geschäftsführung.

Der Umfang der Einzelgeschäftsführung ist festgelegt in § 116, I HGB. Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich nach dieser Vorschrift auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Das Gesetz verzichtet darauf, den Umfang der Befugnis noch näher zu begrenzen, die zulässigen Handlungen etwa im Einzelnen oder allgemein aufzuzählen. Dies wäre bei der Verschiedenartigkeit der einzelnen Handelsgesellschaften auch unmöglich.

Ob ein „gewöhnliches“ Geschäft vorliegt, richtet sich zunächst nach dem Betrieb des von der Handelsgesellschaft betriebenen Handelsgewerbes. Im Gegensatz hiezu spricht das Gesetz bei der Prokura (§ 49 HGB) von Geschäften, die der Betrieb (irgend) eines Handelsgewerbes mit sich bringt, bei der Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) von Geschäften eines derartigen Handelsgewerbes. Ob ein Geschäft vorliegt, wie es der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, ist also ausschließlich vom Standpunkt der in Frage stehenden Gesellschaft zu beurteilen. Dabei sind Zweck, Art und Umfang des Unternehmens, seine Organisation, der Gesellschaftsvertrag und die bisherigen geschäftlichen Gepflogenheiten zu berücksichtigen. Im allgemeinen werden sich bei jeder Gesellschaft die gewöhnlichen, in regelmäßiger Folge sich wiederholenden Geschäfte von den außergewöhnlichen abheben[29]). Für die eine Gesellschaft kann ein Geschäft ein gewöhnliches sein, das für die andere Gesellschaft ein ungewöhnliches ist. So ist z. B. für eine Siedlungsgesellschaft, deren Gesellschaftszweck

[28]) So Hueck, Der Treuegedanke im Recht der OHG. S. 1.

[29]) Vergl. Weiland S. 570; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften; S. 702; ROH. 20, 244 RG. 20, 194 LZ. 1914, 586; JW. 1930, 705; Rspr. 3, 277; 40, 183 Recht 1913, 672 u. a. m.

die bauliche Erschließung eines Gebietes ist, die Erstellung von Häusern ein gewöhnliches Geschäft, während für eine Fabrik die Erbauung von Arbeiterwohnhäusern ein für den Betrieb ungewöhnliches Geschäft sein wird. Eine allgemeine Regel, daß bestimmte Geschäfte stets als ungewöhnlich zu gelten haben, läßt sich demnach nicht aufstellen.

Wenn § 116, I HGB feststellt, daß sich die Befugnis zur Geschäftsführung nur auf die Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, so ist damit der Umfang der Einzelgeschäftsführung, nicht aber der Geschäftsführung im Sinne dieser Arbeit gekennzeichnet. Vielmehr gehören hieher außer der Einzelgeschäftsführung und dem zu ihr gehörigen Widerspruchsrecht[30]) auch alle die sonstigen Fälle, in denen ein Gesellschafter als Geschäftsführer handelt, und das trifft stets dann zu, wenn ein Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und auf Grund seiner Berechtigung aus diesem verwaltend für die Erreichung des Gesellschaftszweckes tätig wird. In der Regel wird der geschäftsführende Gesellschafter zu dieser Tätigkeit meist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein. Es ist jedoch auch möglich, daß ein Gesellschafter zur Geschäftsführung nur berechtigt ist — ohne hiezu verpflichtet zu sein. Wird er in diesem Falle trotzdem tätig, so ist er, wie oben[31]) bereits festgestellt, wie ein geschäftsführender Gesellschafter zu behandeln. Er ist verpflichtet, eine einmal begonnene Tätigkeit wie jeder andere Geschäftsführer zu beenden.

Andererseits kann ein Gesellschafter aber auch auf Grund des Gesellschaftsvertrages zu Handlungen verpflichtet sein, die nicht zur Geschäftsführung gehören, da sie nicht eine „Betätigung der gemeinsamen Wirtschaftsorganisation“[32]) sind. Es wäre hier z. B. an die Pflicht zur Beitragsleistung zu denken, die zwar im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden kann, aber nicht zur Verwaltung der einmal bestehenden OHG gehört.

Zur Geschäftsführung gehört dagegen die Ausübung des Stimmrechts bei Gesamtgeschäftsführung nach § 115, II HGB. Auf Grund vertraglicher Regelung kann die Entscheidung über die Geschäftsführungshandlungen den einzelnen Gesellschaften entzogen und der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter unterworfen sein. (Man spricht dann von Gesamt- oder Kollektivgeschäftsführung.)

Zur Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen, ist ein Gesellschafter-

[30]) Über das äußerst bedeutungsvolle Widerspruchsrecht und die umstrittene Frage, ob es ein Geschäftsführungsrecht ist, siehe unten III. Abschnitt §§ 8 und S. 28 ff.

[31]) Vergl. oben § 2 S. 6.

[32]) Düringer-Hachenburg § 114, Anm. 2.

beschluß erforderlich (§ 116, II). Bei der Beschlußfassung über ungewöhnliche Geschäfte sind sämtliche Gesellschafter, also auch die nichtgeschäftsführenden stimmberechtigt. Trotzdem ist auch diese Abstimmung ein Teil der Geschäftsführung[33]), die sich von der übrigen Geschäftsführung nur dadurch unterscheidet, daß bei Geschäften von besonderer Wichtigkeit alle Gesellschafter, die nach außen die Verantwortung zu tragen haben, auch im Innenverhältnis bei der Entscheidung mitwirken sollen.

Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es, nach der Vorschrift des § 116, III HGB der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter. Schon aus der Beschränkung der entscheidungsberechtigten Gesellschafter auf den Kreis der Geschäftsführer ist zu erkennen, daß es sich um eine Maßnahme der Geschäftsführung handelt. Auch der Widerruf der Prokura (§ 116, III, 2 HGB) ist ein Akt der Geschäftsführung.

Aber nicht bei jeder Abstimmung über Gesellschaftsangelegenheiten handelt der Gesellschafter als Geschäftsführer. Strittig ist, ob eine Abstimmung, die über die Geltendmachung der Ansprüche bei Verletzung des Konkurrenzverbotes (§ 113, II) entscheidet, noch zur Geschäftsführung zu rechnen ist. Für die hier zu entscheidende Frage der Haftung ist zu prüfen, ob für den Gesellschafter eine auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende Pflicht zur Abstimmung besteht. Das gesetzliche Konkurrenzverbot des § 112 HGB will die Gesellschaft davor schützen, daß ein mit den geschäftlichen Verhältnissen vertrauter Gesellschafter diese Kenntnis zum Nachteil der Gesellschaft ausnützt, indem er in den Handelszweigen der Gesellschaft Geschäfte macht oder an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnimmt. Da sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag verpflichtet haben, die Gesellschaftsinteressen zu fördern, müssen sie auch alles zum Schutz der Gesellschaft tun. Nach § 119 HGB bedarf mangels abweichender Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafterbeschluß der Zustimmung aller Gesellschafter. Wenn nun ein Gesellschafter bei einer Abstimmung, die über die Verletzung des Konkurrenzverbotes entscheidet, nicht mitstimmen würde, so kann gegen den Gesellschafter überhaupt kein Anspruch geltend gemacht werden[34]). Düringer-Hachenburg und Wieland[35]) sind im Gegensatz zu dieser Ansicht der Meinung, daß in einem solchen Falle kein wahlweiser Anspruch zwischen Schadensersatz und Eintrittsrecht bestehe, sondern nur der Schadensersatzanspruch.

---

[33]) Vgl. Hueck, Treuegedanke S. 14; Näheres über die Ausübung des Stimmrechts unten § 10 S. 55 ff.

[34]) So Hueck, Treupflicht S. 15, Gesellschafterbeschlüsse S. 708 der gleichen Meinung anscheinend auch Neufeld-Schwarz § 113, Anm. 1; Ritter § 113, Anm. 1; Staub-Pinner § 113, Anm. 2 b.

[35]) Düringer-Hachenburg § 113, Anm. 6; Wieland I, S. 583.

Hueck weist dagegen zutreffend darauf hin, daß dies mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar ist, da das Gesetz ausdrücklich feststellt: „Über die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen die übrigen Gesellschafter." Die Ausübung des Stimmrechts bei Gesellschafterbeschlüssen, die über die Folgen einer Verletzung des Konkurrenzverbotes entscheiden, gehört also auch noch zur Geschäftsführung.

Nicht zur Geschäftsführung gehören alle Abstimmungen, durch welche über eine Änderung der vertraglichen Grundlagen der Gesellschaft beschlossen werden soll. Das gilt z. B. wenn über eine Erhöhung des Gesellschaftskapitals beschlossen oder einem Gesellschafter nach §§ 117, 127 HGB die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht entzogen oder ein Gesellschafter nach § 140 HGB zwangsweise ausgeschlossen werden soll. Bei all diesen Beschlüssen ist der Gesellschafter zur Mitwirkung nicht verpflichtet, er kann nach seinem eigenen Interesse entscheiden.

Die Unterscheidung zwischen einem Stimmrecht, das nur im Interesse der Gesellschaft ausgeübt werden darf, dem eine Stimmpflicht als Teil der Geschäftsführung entspricht, und einem Stimmrecht, das nach freiem Ermessen ausgeübt werden kann, ist für die Frage der Haftung von besonderer Wichtigkeit. Denn nur, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht, haftet der Gesellschafter, nur dann ist er bei Verletzung der Pflicht schadensersatzpflichtig[36]).

§ 5 Zeitliche Grenzen der Haftung.

I. Beginn der Haftung.

Die Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters entsteht mit seiner Verpflichtung zur Geschäftsführung. Der Haftungsbeginn fällt also zeitlich mit dem Beginn der Geschäftsführung zusammen.

Über den Zeitpunkt des Beginns der Geschäftsführung enthält das Gesetz keine Vorschriften. Durch das Gesetz ist nur der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der OHG nach außen in § 123 HGB festgestellt. Nach außen beginnt die Gesellschaft spätestens mit der Eintragung in das Handelsregister und wenn sie schon vorher ihre Geschäfte betreibt, mit dem Geschäftsbeginn. Im Innenverhältnis ist die Gesellschaft dann zustandegekommen, wenn sich alle Personen, die Mitglieder der Gesellschaft werden wollen, über alle Punkte des Gesellschaftsvertrages geeinigt haben, also mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages (§ 705 BGB).

Ein Vorvertrag, der die spätere Errichtung einer OHG zum Ziel hat, erzeugt zwar auch Innenbeziehungen zwischen den Beteiligten. Aber hier handelt es sich noch nicht um Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Maßgebend ist zunächst der Zeitpunkt, in dem der Gesellschaftsvertrag zustandegekommen ist. Von Ge-

[36]) Vergl. Hueck, Treuegedanke S. 20. Siehe Näheres unten § 10, S. 55 ff.

schäftsführung kann man aber erst dann sprechen, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb tatsächlich aufgenommen hat und erst dieser Zeitpunkt ist für den Beginn der Haftung von Bedeutung[37]).

Die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters kann auch nach Abschluß des gesellschaftsbegründenden Gesellschaftsvertrages entstehen, sei es, daß ein Dritter in die Gesellschaft neu aufgenommen wird, sei es, daß ein bisher von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter diese übertragen bekommt. In beiden Fällen handelt es sich um neue, den früheren Gesellschaftsvertrag ergänzende vertragliche Regelungen. Die oben dargelegten Grundsätze kommen entsprechend zur Anwendung. Im zweiten Falle kommt die Geschäftsführung mangels anderweitiger ausdrücklicher Bestimmung mit der Beschlußfassung bezw. dem ersten Tätigwerden zum Entstehen. Bei dieser Beschlußfassung hat auch der bisher von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter mitzuwirken, denn es handelt sich um eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages, bei dem alle Gesellschafter mitzuwirken haben.

II. Ende der Haftung.

Die Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters endigt mit dem Zeitpunkt, in dem seine Geschäftsführungspflicht endigt. Der regelmäßige Fall der Beendigung der Geschäftsführung ist die Auflösung der Gesellschaft. Die hiezu führenden Gründe sind in § 131 HGB erschöpfend aufgezählt[38]): Zeitablauf, Beschluß der Gesellschafter, Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschafter, Tod eines Gesellschafters, Kündigung und gerichtliche Entscheidung. Auf die Auflösungsgründe im Einzelnen einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

Die Geschäftsführung erlischt weiter bei Ausscheiden eines Gesellschafters und Fortbestehen der Gesellschaft gemäß §§ 138, 140, 141 HGB sowie bei Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis. Das Handelsgesetzbuch enthält über die Kündigung keine Vorschriften. Es kommen daher über § 109 HGB die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung. In § 712, I BGB wird dem Gesellschafter das Recht zur Kündigung der Geschäftsführung gegeben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und auf die entsprechende Anwendung der für den Auftrag geltenden Vorschriften des § 671, II, 3 BGB verwiesen. Staub[39]) und mit ihm eine Reihe anderer Schriftsteller[40]) machen bei der Wirksamkeit der Kündigung einen Unterschied, ob es sich um „übertragene" oder „auf dem

[37]) Vergl. Müller-Erzbach S. 190; RG. 112, 281 Staub-Pinner § 105, Anm. 11.
[38]) Vergl. Denkschrift S. 104.
[39]) Vergl. Staub § 117, Anm. 7.
[40]) Vergl. Knoke S. 66; Makower § 117, II.

Gesetz beruhende" Geschäftsführung handelt. Der Ausdruck „übertragen", den das Gesetz in § 114, II HGB verwendet, mag zu dieser Unterscheidung mit geführt haben. Manche Schriftsteller[41]) kommen sogar zu dem Ergebnis, daß die Geschäftsführung stets auf dem Gesetz beruht. Müller-Erzbach[42]) bezeichnet diese Unterscheidung mit Recht als undurchführbar. Die herrschende Lehre[43]) ist der richtigen Ansicht, daß die Geschäftsführung stets ihre Grundlage in dem Vertrag hat, und daß das Gesetz nur eine „Schablone"[44]) liefert für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Geschäftsführung enthält. Es handelt sich hier nicht um eine Übertragung von Rechten und Pflichten, vielmehr erfolgt die Geschäftsführung durch die Gesellschafter kraft eigenen Rechts aus dem Gesellschaftsvertrag. Die Übertragung der Geschäftsführung auf einzelne Gesellschafter ist nur eine Form des Ausschließens bezw. Verzichts der anderen Gesellschafter. Die Kündigung aus wichtigem Grunde ist daher stets zulässig. Die Geschäftsführung endet mit der Wirksamkeit der Kündigung.

Ferner kann die Geschäftsführung auch durch gerichtliche Entscheidung nach § 117 HGB entzogen werden, nicht aber durch Beschluß der Gesellschafter, es sei denn, daß diese Möglichkeit im Gesellschaftsvertrag vorgesehen war[45]). Sonst aber wäre eine Umgehung des § 117 HGB ein Verzicht auf den Rechtsweg[46]). Die Geschäftsführungsbefugnis endigt im Falle des § 117 HGB mit der Rechtskraft des Urteils. Die Beendigung der Geschäftsführung ist auch möglich, wenn ein Gesellschafter mit den übrigen Gesellschaftern im Wege einer Vertragsänderung die Niederlegung seiner Geschäftsführungsbefugnis beschließt. Der Gesellschafter ist aber nicht befugt, seine Geschäftsführungsbefugnis willkürlich niederzulegen[47]), sondern nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen wichtiger Gründe und wenn den übrigen Gesellschaftern durch sein Ausscheiden kein allzu großer Schaden erwächst, ist eine Niederlegung der Geschäftsführungspflicht (Kündigung) möglich[48]).

---

[41]) Vergl. Fiedler, S. 29; Fiedler beruft sich auf Thöl. HRS. 310; Anschütz-Völderndorff Bd. 2 S. 191; Geiger in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 39 S. 436 ff.

[42]) Vergl. Müller-Erzbach, S. 197.

[43]) h. M. Vergl. Düringer-Hachenburg § 117, Anm. 14; Gorski S. 16; Lehmann-Ring § 117 Nr. 7; Staub-Pinner 617. Anm. 7; Weiland I 575 Anm. 57. Vergl. auch oben § 2 S. 10 ff.

[44]) Vergl. Weil S. 25.

[45]) Vergl. Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 720.

[46]) Vergl. Staub-Pinner § 117, Anm. 5; Denkschr. S. 93.

[47]) Vergl. Wieland S. 562.

[48]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 117, Anm. 6; Staub-Pinner § 117, Anm. 7; Wieland S. 575.

II. Abschnitt.

Haftung bei der Einzelgeschäftsführung.

§ 6 Die Einzelgeschäftsführung.

Nach der Regel des § 116, I HGB, erstreckt sich die Einzelgeschäftsführung auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Was unter einem „gewöhnlichen" Geschäft zu verstehen ist, wurde schon oben[1]) behandelt. Jeder Gesellschafter kann bei diesen gewöhnlichen Geschäften, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorschreibt, allein handeln. Er braucht weder die Zustimmung der anderen Gesellschafter zu seinen Geschäftsführungshandlungen einzuholen, noch ist er wie ein Beauftragter an ihre Weisungen und Anordnungen gebunden[2]). Der handelnde Gesellschafter dürfte aber in seinem eigenen Interesse gut daran tun, „Weisungen" wegen etwaiger späterer Schadensersatzansprüche in irgendeiner Form zu berücksichtigen. Jedoch kann nur der Gesellschaftsvertrag und ein einstimmiger Beschluß sämtlicher Gesellschafter bindende Weisungen erteilen.

Das HGB. stellt die Einzelgeschäftsführung als Regelfall auf, während das BGB umgekehrt die Gesamtgeschäftsführung zum Grundsatz erhoben hat (709 BGB). Die Gesamtgeschäftsführung wäre zu schwerfällig für die Bedürfnisse bei handelsgewerblichen Unternehmungen[3]). Schnelle Entschlußbereitschaft und Anpassungsfähigkeit ist bei den rasch wechselnden Verhältnissen des kaufmännischen Lebens ein Erfordernis, dem wohl nur die Einzelgeschäftsführung ganz gerecht werden kann. Wenn bei jeder Geschäftsführungshandlung erst ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter eingeholt werden müßte, würde manche günstige Gelegenheit verpaßt werden.

Die Einzelgeschäftsführung birgt aber auch große Gefahren in sich. Bei mangelnder Zusammenarbeit können widersprechende Entschlüsse von den verschiedenen Geschäftsführern gefaßt werden, und es können von jedem einzelnen Gesellschafter Geschäfte abgeschlossen werden, die das Vermögen der Gesellschaft und damit auch der Gesellschafter in größte Gefahr bringen. Die Gesamtgeschäftsführung ist zwar langsamer, bei ihr werden sich aber durch die Zusammenarbeit aller Gesellschafter die Gefahren und die Gewinnmöglichkeiten besser übersehen lassen, da die Erfahrung und das Können aller Gesellschafter zusammenwirken. Das Gesetz hat sich für die Einzelgeschäftsführung entschieden. Die Abwägung des Gegensatzes zwischen „Beschleunigungsinteresse" und „Sicher-

[1]) Vergl. § 4, II S. 16 ff.
[2]) Vergl. Wieland, S. 562.
[3]) Vergl. Denkschrift II S. 91—92.

heitsinteresse“[4]) aber ist bei Fragen der Geschäftsführung häufig zu berücksichtigen. Dieser Gegensatz hat den Gesetzgeber zu einer Einschränkung der Einzelgeschäftsführung veranlaßt. Durch das Widerspruchsrecht[5]) und die Bestimmungen des § 116, I HGB, wonach sich die Geschäftsführungsbefugnis nur auf Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt[6]), wurde die Einzelgeschäftsführung wesentlich eingeengt.

§ 7 Hauptfälle der Haftung bei der Einzelgeschäftsführung.

I. Haftung bei Verweigerung der Geschäftsführungspflicht.

Der Gesellschafter ist zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet (§ 109, I HGB) soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Ein Gesellschafter, der es unterläßt, für die Gesellschaft in der vertraglich bestimmten Art und Weise tätig zu werden, macht sich einer Verletzung seiner Vertragspflichten schuldig. Dies gilt auch, wenn er sich zeitweise seiner Tätigkeit entzieht, indem er z. B. ohne Kenntnis der übrigen Gesellschafter auf eine Vergnügungsreise geht. Dagegen schließen Krankheit oder sonstige unverschuldete Unmöglichkeit die Geschäftsführungspflicht aus. Die Weigerung des Gesellschafters oder seine Unfähigkeit, die Geschäfte zu führen, auch die unverschuldete, kann zur Entziehung der Geschäftsführung nach § 117 HGB oder zur vorzeitigen Kündigung der Gesellschaft führen[7]). Auch kann auf Leistung der versprochenen Dienste geklagt werden. Ergeht daraufhin Urteil, so richtet sich die Zwangsvollstreckung nach den §§ 887, 888 ZPO. Die klagenden Gesellschafter können entweder die erforderlichen Geschäftsführungshandlungen selbst vornehmen oder auf Kosten des beklagten Gesellschafters durch Dritte vornehmen lassen. Kann die Handlung nur von dem beklagten Gesellschafter vorgenommen werden und ist ihre Vornahme oder Nichtvornahme ausschließlich von dem Willen des Gesellschafters abhängig, (z. B. die Mitwirkung eines Künstlers), so kann durch Geldstrafe, deren Höchstmaß unbegrenzt ist, oder durch Haft der Gesellschafter zur Leistung der vereinbarten Dienste angehalten werden. Vor allem aber ist der Gesellschafter für jeden Schaden haftbar, welcher der Gesellschaft durch sein schuldhaftes Zögern entsteht.

---

[4]) Vergl. Weil S. 51.
[5]) Vergl. unten § 8, S. 28 ff.
[6]) Vergl. unten § 10, S. 55 ff.
[7]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 6.

II. Haftung bei Geschäften, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt.

Bei der Führung von Geschäften, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, hat der Gesellschafter, wie in allen Angelegenheiten der Gesellschafter untereinander, die Sorgfalt walten zu lassen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708 BGB in Verb. mit § 105 HGB). Da der Gesellschafter bei der Geschäftsführung eigene wie fremde Angelegenheiten in gleicher Weise wahrzunehmen hat, ist diese Regelung durchaus gerecht[8]).

Der individuelle Sorgfaltsmaßstab (diligentia quam in suis rebus oder culpa in conoreto) wurde von verschiedener Seite als nicht ausreichend bezeichnet. So ließ nach Gorski[9]) der Frankfurter Entwurf von Jahre 1849 und der Preußische Entwurf den Gesellschafter für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haften. Müller-Erzbach[10]) bezeichnet die Vorschrift als unrationell und Starke[11]) sagt, man schaffe einen Anreiz für die Leichtfertigkeit und bestrafe im Grunde genommen die anderen Gesellschafter dafür, daß sie eine Gesellschaft mit dem fahrlässig handelnden Gesellschafter eingegangen sind. Starke schlägt vor, man solle den Gesellschafter wie einen Verwalter fremder Angelegenheiten haften lassen. Hiezu sei bemerkt, daß es den Gesellschaftern bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages frei steht, den Sorgfaltsmaßstab nach ihrem Gutdünken abweichend vom Gesetz zu regeln und durch besondere Maßnahmen besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber hat aber nur normale Verhältnisse zu berücksichtigen, und für solche ist die gesetzliche Regelung ausreichend. Denn jeder Gesellschafter ist am Gewinn und Verlust beteiligt und er haftet den Gläubigern mit seinem ganzen Vermögen; es liegt also auch in seinem eigenen Interesse, daß die Geschäftsführung möglichst sorgfältig und damit nutzbringend ausgeführt wird. Vor allem aber ist das Vertrauen der Gesellschafter untereinander die Grundlage der Gesellschaft. Mit einem Menschen, von dem man in Gesellschaftsangelegenheiten eine größere Sorgfalt verlangen muß, als er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wird man sich aber ungern auf Gedeih und Verderb in einer offenen Handelsgesellschaft verbinden.

Der Gesellschafter hat nach § 276, I BGB auch vorsätzliches Handeln zu vertreten. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem

[8]) Vergl. Wieland S. 563 Anm. 7.
[9]) Vergl. Gorski S. 82 Anm. 2.
[10]) Vergl. Müller-Erzbach S. 192.
[11]) Vergl. Starke S. 6.

Gesellschafter nicht im Voraus erlassen werden (§ 276, II BGB). Von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit ist der Gesellschafter nicht befreit, selbst wenn er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgsamer wäre (§ 277 BGB). Die Bestimmung des § 708 BGB kann den objektiven Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt des § 276, I, 2 BGB. noch verschärfen. Staub[12]) führt dagegen aus, daß diese Vorschrift als Milderung der Sorgfalt („nur mit der Sorgfalt" § 708 BGB) gedacht ist, und daß ein Gesellschafter, der in eigenen Angelegenheiten eine größere Sorgfalt als die gewöhnliche Verkehrssorgfalt anzuwenden pflegt, gleichwohl nur zu letzterer verpflichtet sei. Auch die meisten Kommentare zum BGB. sind dieser Ansicht[13]). Zu einer solchen Interpretation gibt aber das Gesetz keinen Anlaß und vor allem widerspricht sie der Interessenlage bei der OHG. Denn wenn sich Menschen entschließen, eine OHG miteinander zu betreiben, dann tun sie es, weil sie zueinander Vertrauen haben, und zwar Vertrauen gerade zu den persönlichen Eigenschaften des anderen Gesellschafters. Sie wünschen, daß er mit und wegen seiner persönlichen Vorzüge Mitgesellschafter werde. Wenn die übrigen Gesellschafter z. B. einem besonders geeigneten Gesellschafter den Einkauf von Waren übertragen, dann tun sie es deshalb, weil sie besonderes Zutrauen zu seiner persönlichen Sorgfalt auf diesem Gebiet haben. Es kann nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, daß ein solcher Gesellschafter, wenn er unsorgfältiger als in eigenen Angelegenheiten handelt, sich darauf berufen kann, daß dies der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspreche. Das Wort „nur" in § 708 BGB bedeutet vielmehr, daß von dem Gesellschafter keine größere Sorgfalt verlangt werden kann, als er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Diese Bestimmung setzt lediglich eine Grenze nach unten, nicht nach oben.

Während Artikel 94 des alten HGB bei Verletzung der vorgeschriebenen Sorgfaltspflicht die Schadensersatzpflicht feststellte, wird diese vom neuen HGB. nicht mehr erwähnt. Sie besteht natürlich auch jetzt und ist offensichtlich nur wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht besonders hervorgehoben[14]).

Was den Beweis mangelnder Sorgfalt im Prozeß betrifft, so hat der Gesellschafter, dem nachgewiesen wird, daß er die Gesellschaftsgeschäfte unsorgfältig geführt hat, darzutun, daß er mit der Sorgfalt gehandelt hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[15]). Auch eine etwaige Genehmigung der unsorgfältigen Handlung durch die übrigen Gesellschafter, die aus der pflichtwidrig schuldhaften Handlung eine rechtmäßige macht und daher die Scha-

---

[12]) Vergl. Staub § 114, Anm. 14.
[13]) Vergl. Staudinger § 277, I; Planck-Siber Bem. zu § 277.
[14]) Vergl. Staub-Pinner § 114, Anm. 15.
[15]) Vergl. Staub-Pinner § 114, Anm. 17; Bolze 9, Nr. 751.

densersatzpflicht beseitigt, hat der handelnde Gesellschafter zu beweisen.

Der Gesellschafter kann natürlich seine Pflichten als Einzelgeschäftsführer nicht nur fahrlässig, sondern auch vorsätzlich verletzen. Er kann also z. B. bei dem Einkauf von Getreide fahrlässig handeln, also nicht so sorgfältig wie in eigenen Angelegenheiten, indem er die schlechte Qualität nicht bemerkt. Er kann aber auch das schlechte Getreide nur deshalb bei einem Dritten gekauft haben, um diesem einen Gefallen zu erweisen. In beiden Fällen handelt der Gesellschafter schuldhaft pflichtwidrig, aber er handelt im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis.

Die Pflicht, Schadensersatz zu leisten, läßt sich in jedem Fall aus § 276 BGB herleiten, also als Anspruch, der seine Grundlage in dem Vertragsverhältnis der Parteien, dem Gesellschaftsvertrag hat[16]).

Daneben kann unter Umständen auch ein Deliktsanspruch geltend gemacht werden, so bei Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts der Gesellschaft. Die Ersatzpflicht ergibt sich dann aus § 823, I, BGB , da die Handlung des geschäftsführenden Gesellschafters widerrechtlich war. Unter Umständen kann die Schadensersatzpflicht sich auf § 823, II BGB in Verbindung mit § 226 oder § 826 gründen, wenn der Gesellschafter seine Geschäftsführerpflichten nur aus dem Grunde vernachlässigt haben sollte, um die Gesellschaft zu schädigen oder wenn durch seine Handlungsweise der Gesellschaft in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt wurde. Auf die Geltendmachung des Schadens und insbesondere den Umfang der Ersatzpflicht wird später[17]) noch einzugehen sein.

III. Haftung bei Überschreiten der Befugnisse.

§ 116, II HGB. bestimmt, daß Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen, einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich machen. Der geschäftsführende Gesellschafter hat daher die Pflicht, bei Vorliegen eines ungewöhnlichen Geschäftes von diesem den übrigen Gesellschaftern zur Beschlußfassung Mitteilung zu machen. Bei allen Geschäftsführungshandlungen eines geschäftsführenden Gesellschafters muß der Maßstab der individuellen Sorgfalt angewendet werden, auch bei der Prüfung der Frage, ob ein Geschäft als ungewöhnlich der Beschlußfassung aller Gesellschafter vorzulegen ist. Maßgebend ist die subjektive Anschauung des geschäftsführenden Gesellschafters, bei Wahrung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, auch wenn bei objektiver Prüfung das Geschäft als „außergewöhnlich" zu werten wäre. Wenn der Gesellschafter mit der

[16]) Näheres oben § 2, S. 10 ff.
[17]) Vergl. unten § 13, S. 63 ff.

notwendigen Sorgfalt die Prüfung vorgenommen hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, daß ein gewöhnliches Geschäft vorliegt, objektiv gesehen, handelt es sich aber um ein ungewöhnliches Geschäft, so ist die Gesellschaft auch im Verhältnis zu dem geschäftsführenden Gesellschafter trotzdem verpflichtet, das Geschäft für Rechnung der Gesellschaft gelten zu lassen[18]). Denn wie oben[19]) schon dargelegt wurde, kann die Gesellschaft von dem einzelnen Gesellschafter keine größere Sorgfalt verlangen, als die, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Hätte der Gesellschafter aber bei Anwendung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, erkennen müssen, daß es sich um ein „ungewöhnliches" Geschäft handelt, so hat er fahrlässig seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten. Ebenso liegt ein Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis vor, wenn der Gesellschafter vorsätzlich ein ungewöhnliches Geschäft selbständig vornimmt. In beiden Fällen mußte der Gesellschafter erkennen, daß die Vornahme eines solchen Geschäfts ohne Befragung der Mitgesellschafter dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen derselben widerspricht. Er handelt daher nicht mehr im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis, sondern ist nach § 678 BGB wie ein auftragsloser Geschäftsführer zu behandeln. Das Geschäft hat im Innenverhältnis keine Gültigkeit. Daher kommt ihm die Haftungserleichterung des § 708 BGB auch nicht zugute. Er hat nicht nur Schadensersatz zu leisten, wie bei jeder pflichtwidrig schuldhaften Handlung, sondern muß das Geschäft auf eigene Rechnung und Gefahr nehmen[20]).

---

[18]) Vergl. Gorski S. 53.

[19]) Vergl. oben S. 27 ff.

[20]) Vergl. Wieland S. 561; RG. 24, 239. Ausführlich wird zu den hier auftauchenden Fragen unter § 9, III S. 73 Stellung genommen, da auch ein Gesellschafter, der einen Widerspruch nicht beachtet, das Geschäft auf eigene Rechnung und Gefahr nehmen muß.

III. Abschnitt.

Haftung beim Widerspruchsrecht.

§ 8 Das Widerspruchsrecht.

I. Das Widerspruchsrecht im Schrifttum.

§ 115, I HGB stellt zunächst die Einzelgeschäftsführung als gesetzliche Regel fest und sagt dann: „Widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben." Das bedeutet: Wenn ein Gesellschafter erklärt, daß er mit einer Geschäftsführungshandlung nicht einverstanden ist, so darf diese Handlung nicht vorgenommen werden. Diese Vorschrift erscheint in ihrer Kürze und Klarheit vollständig eindeutig und doch ist gerade das Widerspruchsrecht der umstrittenste Teil der Geschäftsführung und damit der Haftung bei der offenen Handelsgesellschaft.

Die meisten älteren Kommentare und Lehrbücher sehen das Widerspruchsrecht als selbständiges Sonderrecht jedes geschäftsführenden Gesellschafters an und stehen auf dem strengen Standpunkt, daß jeder Widerspruch zu beachten sei. Immer stärker kam aber die Überzeugung zum Durchbruch, daß das Widerspruchsrecht nicht für sich allein betrachtet werden dürfe, daß es vielmehr nur dann richtig beurteilt werden könne, wenn es im Zusammenhang mit allen Vorschriften, die das Innenverhältnis der Gesellschaft regeln, und unter Berücksichtigung der Interessenlage betrachtet würde. Die Entwicklung ging dahin, daß das Widerspruchsrecht immer mehr als besonderes Pflichtrecht der Geschäftsführung gewertet wurde und daß man zu der Überzeugung kam, daß es eine Reihe von Fällen gibt, in denen ein Widerspruch nicht beachtet zu werden braucht. Bezeichnend für diese Entwicklung der genaueren rechtlichen Erkenntnis des Widerspruchsrechts und seiner Auswirkung ist schon die wechselnde Auffassung bei den gleichen Schriftstellern. So sprach Staub-Pinner[1]) früher davon, daß das Widerspruchsrecht „nach Willkür" ausgeübt werden dürfe, während er in den neueren Auflagen der Meinung ist, daß das Widerspruchsrecht „nach freiem Ermessen" ausgeübt werden könne. Nach Koenige[2]) hatte der Gesellschafter bei Ausübung des Widerspruchsrechts den Anforderungen von Treu und Glauben Rechnung zu tragen. Heute bejaht er eine noch stärkere Bindung, indem er sagt, daß den „Anforderungen der Gesellschaftstreue" Rechnung zu tragen sei. Auch bei Ritter[3]) ist eine ähnliche Wandlung der Meinung festzustellen. Am deutlichsten kommt der Streit der Meinung aber bei

[1]) Vergl. Staub-Pinner § 115, Anm. 9 bis zur 9. Auflage.
[2]) Vergl. Koenige § 115, 1. Auflage.
[3]) Vergl. Ritter, 1. Aufl. § 115, Anm. 2; 2. Aufl. § 115, Anm. 3 a.

den führenden Kommentaren zum HGB Staub-Pinner und Düringer-Hachenburg zum Ausdruck.

Nach Staub-Pinner[4]) ist das Widerspruchsrecht jedem geschäftsführenden Gesellschafter ohne jede Einschränkung gegeben, damit er von dem Recht „nach freiem Ermessen" Gebrauch macht. Es könne das Recht nicht durch den Einwand beseitigt werden, daß die Handlung, der widersprochen wird, im Interesse der Gesellschaft liegt. „Das Recht ist nicht im Gesellschaftsinteresse gegeben, es ist ein dem einzelnen Gesellschafter gebenes Recht, um diesen gegen die schrankenlose Berechtigung anderer geschäftsführender Gesellschafter, die Gesellschaft nach außen zu verpflichten, dadurch zu schützen, daß er durch seinen Widerspruch die Handlung verhindert oder, falls sie trotz des Widerspruchs vorgenommen werde, daß ihm das Recht gegeben werde, im Innenverhältnis durch Schadensersatzanspruch die Wirkung abzulehnen." Eine Grenze für das Widerspruchsrecht sieht Staub-Pinner[5]) nur in vertragsmäßigen Abmachungen, die das Recht aufheben oder beschränken können, oder in der Vorschrift des § 226 BGB. Bei dem im § 115 HGB positiv geordneten Widerspruchsrecht versage die allgemeine Vorschrift des § 705 BGB.

Im Gegensatz hiezu ist Flechtheim bei Düringer-Hachenburg[6]) der Meinung, daß das Widerspruchsrecht dem Gesellschafter „im Interesse einer möglichst sachgemäßen Führung der Gesellschaftsgeschäfte gegeben sei". Der Gesellschafter habe daher von diesem Recht nach seinem besten Ermessen Gebrauch zu machen. Das Widerspruchsrecht sei dem Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft gegeben; es unterliege den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts und die §§ 157, 242 BGB. seien auch hier anwendbar. Die Ausübung des Widerspruchsrechts dürfe deshalb nicht gegen die Gesellschaftstreue verstoßen. Ein offensichtlich gegen die Gesellschaftstreue verstoßender Widerspruch brauche von den handelnden Gesellschaftern nicht beachtet zu werden.

Die Ansicht Staubs teilen die meisten älteren Kommentare und Schriftsteller, so Brand[7]), Lehmann-Ring[8]), ferner eine Reihe von älteren Dissertationen, wie Fiedler[9]), Trautmann[10]), Behrend, Krühl u. a. m. Eine vermittelnde Ansicht nehmen Müller-Erzbach[11]), Leh-

---

[4]) Vergl. Staub-Pinner § 115, Anm. 4 a
[5]) Vergl. Staub-Pinner § 115, Anm. 4 a.
[6]) Vergl. § 115, Anm. 5.
[7]) Vergl. § 115, Anm. 2 c.
[8]) Vergl. § 115, Anm. 1.
[9]) Vergl. Fiedler, S. 38.
[10]) Vergl. Trautmann S. 61.
[11]) Vergl. Müller-Erzbach S. 196.

mann-Hoeniger[12]), Schütte[13]) und Ludewig[14]), der § 252, III HGB analog heranziehen will, ein. Die Meinung Flechtheims vertreten im wesentlichen: von Gierke[15]), Hueck[16]), Wieland[17]), Koenige-Teichmann-Koehler[18]), Schwarz[19]), Ritter[20]), Staudinger-Geiler[21]), Hahn[22]), Nebel[23]), Weil[24]). Auch die Rechtssprechung steht im allgemeinen auf dem Standpunkt Düringer-Hachenburgs[25]).

II. Die rechtliche Bedeutung des Widerspruchsrechts.

Man wird sich über das Wesen des Widerspruchsrechts nur dann klar werden können, wenn man zunächst von dem Zweck des Widerspruchs ausgeht. Wie oben[26]) schon erwähnt wurde, ist die Einzelgeschäfteführung eine für die Bedürfnisse des Handelsgewerbes notwendige Form der Geschäftsführung. Sie bringt aber im Gegensatz zu der gemeinsamen Geschäftsführung große Gefahren für die einzelnen Gesellschafter mit sich. Diese Gefahren sucht das Gesetz einzuschränken durch den Ausschluß der Einzelgeschäftsführung für außergewöhnliche Geschäfte (§ 116, I und II HGB) durch Sondervorschriften für die Bestellung und Abberufung von Prokuristen (§ 116, III HGB) und vor allem durch das Widerspruchsrecht (§ 115, I HGB). Der Ansicht Staubs ist also insoweit beizupflichten, als das Widerspruchsrecht *auch* dazu da ist, um den einzelnen Gesellschafter vor der schrankenlosen Berechtigung der anderen Gesellschafter zu *schützen*. Wenn ein Gesellschafter durch seinen Widerspruch eine Geschäftsführungshandlung auch nicht verhindern kann, so wird durch den Widerspruch doch erreicht, daß der gegen einen beachtlichen Widerspruch handelnde Gesellschafter des Geschäft auf eigene Rechnung nehmen muß und so die Vermögensgefahr von der Gesellschaft abgewendet wird[27]).

---

[12]) Vergl. Lehmann-Hoeniger S. 245.
[13]) Vergl. Schütte, Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft S. 37.
[14]) Vergl. JW. 1925, S. 2586.
[15]) Vergl. Gierke S. 217.
[16]) Vergl. Treuegedanke S. 6 ff.
[17]) Vergl. Wieland I, S. 569.
[18]) Vergl. § 115, Anm. 2.
[19]) Vergl. § 115, Anm. 3.
[20]) Vergl. § 115, Anm. 3 a.
[21]) Vergl. BGB. Anm. zu § 711.
[22]) Vergl. Hahn, S. 4 ff.
[23]) Vergl. Nebel, S. 20.
[24]) Vergl. Weil, S. 52.
[25]) Vergl. RGZ. 109, 59; OLGR. 24, 410; OLG. Hamburg in Seuff. Arch. 41 Nr. 120.
[26]) Vergl. oben § 6, S. 22 ff.
[27]) Näheres unten § 9, III S. 51 ff.

Weiterhin ist auch von Gorski[28]) zuzustimmen, der im Widerspruchsrecht nicht nur ein „Korrektiv", sondern auch eine Erleichterung der Beweisfrage bei Pflichtverletzung eines Gesellschafters sieht. Gorski führt hiezu aus, daß ohne diese Bestimmung die Gesellschaft bezw. die Gesellschafter nur dann gegen ein nachteiliges Geschäft eines Geschäftsführers vorgehen könnten, wenn sie dem Gesellschafter einen Verstoß nach § 708 BGB in Verbindung mit § 105, II HGB nachweisen könnten. Dieser Nachweis mangelnder Sorgfalt sei nur schwer zu erbringen und bedürfe meist langwieriger und kostspieliger Prozesse. Das Widerspruchsrecht sei für einen Gesellschafter wie für die Gesellschaft ein sicheres und einfaches Mittel, um ihre Ansprüche gegen den Geschäftsführer durchsetzen zu können. Denn es genüge hiezu der Nachweis des rechtzeitig erhobenen Widerspruchs.

Ist nun das Widerspruchsrecht ein Geschäftsführungsrecht, also ein „Pflichtrecht", oder gehört es zu den oben[29]) erwähnten „eigennützigen Sonderrechten"? Würde es zu der zweiten Gruppe gehören, so könnte es im Interesse des Einzelnen, also nach „freiem Ermessen" ausgeübt werden, seine Grenze wäre nur das Schikane-Verbot (§ 226 BGB). Diese Ansicht, deren Hauptvertreter Staub-Pinner ist, läßt sich auf verschiedene Weise widerlegen.

Staub-Pinner vertritt die Meinung, daß bei unsachgemäßem Widerspruch eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers zu bejahen sei[30]). Auch Brand[31]) und Lehmann-Ring[32]), die das Widerspruchsrecht ebenfalls nicht als Geschäftsführungsrecht sehen, sind dieser Ansicht. „Unsachgemäßes" Handeln kann aber doch nur bedeuten, daß sich der Gesellschafter bei der Ausübung des Widerspruchsrechts nicht durch Überlegungen leiten ließ, die der Sache, also den Gesellschaftsinteressen dienten, sondern andere, vielleicht sogar eigennützige, jedenfalls aber gesellschaftsfremde Interessen berücksichtigte. Der widersprechende Gesellschafter hat dann auch nach Staubs Meinung den entstandenen Schaden zu ersetzen. Die unsachgemäße Ausübung des Widerspruchsrechtes muß daher eine Rechtsverletzung enthalten, die bei schuldhafter Begehung die Schadensersatzpflicht auslöst[33]). Hahn[34]) folgert daher richtig, daß die Feststellung einer Schadensersatzpflicht bei unsachlichem Widerspruch notwendig zu der von Staub-Pinner bekämpften Ansicht führt, daß der Widerspruch nur mit Rücksicht auf die Gesellschaftsinteressen erhoben werden darf.

---

[28]) Vergl. v. Gorski S. 82; Nebel S. 5.
[29]) Vergl. oben § 2 S. 5.
[30]) Vergl. § 115, Anm. 5 und 9.
[31]) Vergl. § 115, Anm. 2 c und 4.
[32]) Vergl. § 115, Anm. 1.
[33]) Vergl. RG. 37, 331.
[34]) Vergl. Hahn S. 11.

Ferner hat der Gesetzgeber das Widerspruchsrecht nicht jedem Gesellschafter gegeben, sondern nur dem geschäftsführenden Gesellschafter. Da alle Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft unbeschränkt persönlich haften, sind sämtliche Gesellschafter am Wohlergehen der Gesellschaft in gleicher Weise interessiert und sie sind alle bestrebt, die Gesellschaft vor jedem Schaden zu bewahren. Wenn nun die Meinung Staubs richtig wäre, daß das Widerspruchsrecht dem Gesellschafter nur zu seinem eigenen Schutze gegeben wäre, so wäre die Beschränkung des Rechtes auf den geschäftsführenden Gesellschafter nicht erklärbar[35]). Die Beschränkung des Widerspruchs auf den geschäftsführenden Gesellschafter kann nur den Sinn haben, daß das Widerspruchsrecht ausschließlich von den Gesellschaftern ausgeübt werden soll, die mit den Gesellschaftsverhältnissen besonders vertraut sind. Der geschäftsführende Gesellschafter wurde von seinen Mitgesellschaftern für fähig gehalten, die Gesellschaftsgeschäfte zu führen, er übersieht wegen seiner ständigen Beschäftigung mit ihnen und aus seiner Sachkenntnis besser, was im Interesse der Gesellschaft liegt, als ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter. Deshalb muß der Geschäftsführer das Widerspruchsrecht aber auch im Interesse der Gesellschaft ausüben; es wäre ein Unding, einem Menschen ein Recht wegen seiner besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse zu geben, ihm aber gleichzeitig mitzuteilen, daß er bei der Ausübung dieses Rechtes von seinen Fähigkeiten und Kenntnissen keinen Gebrauch zu machen brauche, sondern wie ein Dritter unabhängig vom Gesellschaftsinteresse handeln dürfe.

Die Ansicht Staub würde weiter zu folgendem unhaltbaren Ergebnis führen: Auf Grund seiner Geschäftsführungspflicht muß ein Gesellschafter ein für die Gesellschaft günstiges Geschäft vornehmen. Würde das gleiche Geschäft von einem anderen Gesellschafter vorgenommen, so könnte er widersprechen. Hahn[36]) folgert hieraus ganz richtig, daß es in einem solchen Falle im Endergebnis gar nicht zu der regelmäßigen Folge des Widerspruchs kommen würde. Die Handlung könnte nach Staub zwar nicht von dem handelnden Gesellschafter vorgenommen werden, der widersprechende Gesellschafter müßte aber die Handlung, der er widersprochen hat, auf Grund seiner Geschäftsführungspflicht (§§ 705 BGB, 114 HGB) selbst vornehmen. Denn in eigenen Angelegenheiten würde er auch die Möglichkeit zu einer vorteilhaften Geschäftshandlung wahrgenommen haben.

Das Widerspruchsrecht ist nur bei der Einzelgeschäftsführung möglich. Es tritt anstelle des Mitbestimmungsrechtes bei gemein-

---

[35]) Vergl. Hueck, Treuegedanke S. 6.
[36]) Vergl. Hahn S. 10.

samer Geschäftsführung aller Gesellschafter; es soll, wie Wieland[37]) richtig ausführt, eine einheitliche, den Gesellschaftszweck fördernde Geschäftsführung herbeiführen. Das Widerspruchsrecht ist daher genau so auszuüben wie das Mitbestimmungsrecht. Dieses Stimmrecht unterliegt aber nach herrschender Meinung[38]) dem Grundsatz des § 705 BGB, daß die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet sind, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.

Die Geschäftsführung des Gesellschafters einer OHG ist nicht die eines Einzelkaufmanns, sondern die eines Mitgeschäftsführers. Hahn[39]) äußert hiezu zutreffend, daß diese Geschäftsführung im gleichen Maße vom Gesamtwillen getragen sein solle, wie die gemeinschaftliche Geschäftsführung aller Gesellschafter und um diesen Zustand herbeizuführen, sei das Widerspruchsrecht gegeben.

All diese Überlegungen führen dazu, die Ansicht Staubs abzulehnen. Das Widerspruchsrecht ist nach bestem Ermessen auszuüben. § 705 BGB wird durch § 115 HGB nicht ausgeschlossen, sondern auf dieser Vorschrift beruht die Verpflichtung der Gesellschafter zu gesellschaftstreuer Ausübung des Widerspruchsrechtes.

Da das Widerspruchsrecht ein Teil der Geschäftsführung ist, hat der geschäftsführende Gesellschafter nicht nur das Recht zur Ausübung, er ist hiezu auch verpflichtet (§ 114, I HGB)[40]). Wie ein Gesellschafter nicht nur sein pflichtwidriges positives Verhalten, sondern auch das schuldhafte Unterlassen einer im Interesse der Gesellschaft gelegenen Maßnahme zu vertreten hat, so macht er sich in gleicher Weise schadensersatzpflichtig, wenn er die Widerspruchspflicht verletzt[41]). Hueck (a. a. O.) sagt aber zutreffend, daß diese Pflicht nicht übertrieben werden dürfe[42]).

III. Gültigkeitsvoraussetzungen des Widerspruchs.

Nachdem festgestellt wurde, nach welchen rechtlichen Grundsätzen das Widerspruchsrecht ausgeübt werden muß, soll nunmehr dargelegt werden, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein wirksamer Widerspruch vorliegt. Auf die einzelnen Fälle

---

[37]) Vergl. Düringer-Hachenburg allgem. Einl. Anm. 108; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 711; Knoke S. 57; Oertmann § 709, Anm. 3; RGRKomm. § 709, Anm. 2, Staudinger-Geiler § 709, II; Hahn S. 6; Weil S. 52 ff. RGZ. 97, 331; RG. „Recht" 1912 Nr. 1602 u. a. m. abw. Staub-Pinner § 115, Anm. 9.

[38]) Vergl. Wieland S. 569.

[39]) Vergl. Hahn S. 6.

[40]) Vergl. Hueck, Treuegedanke S. 7; Ritter § 115, Anm. 3; Hahn S. 8.

[41]) Weil (S. 46) lehnt diese Pflicht ab und meint, daß dadurch die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters „noch schwieriger und undurchsichtiger gestaltet würde".

[42]) Vergl. Näheres unten § 9, I S. 48 ff.

der Haftung beim Widerspruchsrecht kann nur eingegangen werden, wenn zunächst feststeht, wer widersprechen darf, welchen Handlungen widersprochen werden darf, welche formellen und materiellen Voraussetzungen bei einem wirksamen Widerspruch gegeben sein müssen.

a) Subjekt und Objekt des Widerspruchs.

Zur Erhebung des Widerspruchs sind nur die geschäftsführenden Gesellschafter berechtigt (§ 115, I HGB). Wenn die Geschäftsführung auch grundsätzlich allen Gesellschaftern zusteht (§ 114 HGB), so können doch einzelne Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Entziehung der Geschäftsführungsmacht von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein. Ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter hat kein Recht, zu widersprechen[43]).

Ein Widerspruchsrecht ist nur bei der Einzelgeschäftsführung gegeben. Wenn daher bei einer Gesellschaft Gesamtgeschäftsführung auch für gewöhnliche Geschäfte vereinbart ist, so ist für jedes Geschäft die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich (§ 115, II HGB). Würde in einem solchen Fall ein Gesellschafter „widersprechen", so wäre dies rechtlich Verweigerung oder Rücknahme der Zustimmung. Es würde an der notwendigen Einstimmigkeit fehlen und das Geschäft müßte unterbleiben. Ist im Gesellschaftsvertrag vereinbart, daß die Mehrheit der Stimmen entscheidet, so steht den überstimmten Gesellschaftern ebenfalls kein Widerspruchsrecht zu, denn hier sollen ja die Gesellschaftsgeschäfte so geführt werden, wie es die Mehrheit für richtig erachtet. Für ein Widerspruchsrecht ist daher kein Platz mehr.

Es ist auch möglich, daß im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß ein Teil der Gesellschafter nur gemeinsam, die anderen aber einzeln handeln dürfen. Jeder Einzelgeschäftsführer kann dann allein widersprechen, die „Gesamtgeschäftsführer" können nur gemeinsam Widerspruch erheben[44]). Düringer-Hachenburg[45]) führt zur Begründung seiner gegenteiligen Meinung aus, daß der Widerspruch kein Akt der Geschäftsführung sei, sondern ein Mittel, um diesen zu verhindern. Eine derartige Auslegung würde der Interessenlage widersprechen. Denn die Gesellschafter werden sehr wohl gewußt haben, warum sie im Gesellschaftsvertrag dem einen Gesellschafter eine größere Verantwortung gegeben haben wie dem anderen. Wenn z. B. A eine wesentlich höhere Einlage gemacht hat wie die Gesellschafter B und C und A ist deshalb Einzelgeschäfts-

[43]) Vergl. Staub-Pinner § 115, Anm. 4; RG. in Schl. Holst. Anz. 1922, 50.
[44]) Wie hier Gorski S. 88; Lehmann-Ring § 115, Nr. 2; Schwarz § 115, Anm. 7. Staub-Pinner § 115, Anm. 8; Hahn S. 22; Nebel S. 13; a. M. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 3; Ritter § 115, Anm. 3.
[45]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 3.

führer, während B und C Gesamtgeschäftsführer sind, so würde die Auslegung Düringer-Hachenburgs den Interessen der Parteien in keiner Weise entsprechen. Lehmann-Ring[46]) macht richtig geltend, daß hier die Kollektivgeschäftsführer gegenüber dem Einzelgeschäftsführer gleichsam e i n e Person seien und daher das Widerspruchsrecht nur gemeinschaftlich ausüben können.

Anders liegt der Fall bei Gefahr in Verzug. Denn das Widerspruchsrecht wird durch Gefahr in Verzug in keiner Weise berührt[47]). Es ist sogar in diesem Fall besonders notwendig, da hier nach § 115, II HGB jeder Gesamtgeschäftsführer unbeschränkte Einzelgeschäftsführung erhält und dadurch die Gefahr für die übrigen Gesellschafter besonders groß wird. Hier kann auch der einzelne Gesamtgeschäftsführer Widerspruch erheben.

Zweifelsfragen, ob einem Gesellschafter ein Widerspruchsrecht zusteht, können auch bei der früher[48]) erwähnten Geschäftskreisverteilung entstehen. Beruht die Abgrenzung der Tätigkeitsgebiete auf vertraglicher Grundlage, so kann der Geschäftsführer nur bei den Geschäften widersprechen, die auf dem ihm überlassenen Gebiet liegen[49]). Wenn also z. B. im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde, daß ein Gesellschafter die technische Leitung des Unternehmens hat, ein anderer die kaufmännische, so kann an und für sich keiner von ihnen bei einer Geschäftsführungshandlung des anderen Widerspruch erheben. Nun wird es aber eine Reihe von Geschäften geben, die sowohl auf technischem wie auch auf kaufmännischem Gebiet liegen. Hier steht dann das Widerspruchsrecht beiden Geschäftsführern zu. Denn gerade in solchen Fällen ist das Widerspruchsrecht als Schutzmaßnahme von besonderer Bedeutung.

Nur ein einstimmiger Beschluß sämtlicher Gesellschafter kann dem Geschäftsführer bindende Weisungen erteilen. Es kann also auch bei gewöhnlichen Geschäften ein Beschluß aller Gesellschafter die Einzelgeschäftsführungsbefugnis aufheben. In einem solchen Fall gibt es kein Widerspruchsrecht.

Der Widerspruch kann sich nur gegen Geschäftsführungshandlungen bei Einzelgeschäftsführung richten; ihr Umfang wurde bereits[50]) aufgezeigt. Das Widerspruchsrecht ist also gegenüber allen „gewöhnlichen Geschäften" möglich, es ist nicht etwa auf besonders wichtige Geschäfte beschränkt. Dagegen ist ein Widerspruch gegen ungewöhnliche Geschäfte überflüssig, da zu deren Vornahme ein

---

[46]) Vergl. § 115, Nr. 2.

[47]) h. M. im älteren Schrifttum (vergl. v. Gorski S. 74 ff.; Renaud S. 275 ff.) wird die abwegige Meinung vertreten, daß Gefahr im Verzug das Widerspruchsrecht beseitige. Über den Begriff „Gefahr im Verzug" siehe unten § 11, S. 59 ff.

[48]) Vergl. oben § 3, S. 11 ff.

[49]) Vergl. v. Gorski S. 44; Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 3; Staub-Pinner § 115, Anm. 4; RG. 98, 100; RG. JW. 1930, 705, 7.

[50]) Vergl. oben § 4, II S. 13 ff.

übereinstimmender Beschluß aller Gesellschafter notwendig ist. Das gleiche gilt von Akten, die die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses betreffen. Solche Akte sind z. B. Abänderung des Gesellschaftsvertrages oder Gesellschaftszweck, Gestattung von Wettbewerb der Gesellschafter (§ 112 HGB.) Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, Auflösung der Gesellschaft usw.[51]).

Ein Widerspruch ist ferner unmöglich gegen Handlungen, die zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens notwendig sind. § 744 BGB. bezieht sich zwar auf eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, er wird aber umsomehr bei der viel engeren Bindung, wie sie bei der OHG gegeben ist, anwendbar sein[52]). Daher kann jeder Gesellschafter die zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens notwendigen Handlungen auch gegen den Widerspruch eines anderen Gesellschafters vornehmen. Es muß sich aber wirklich um Maßnahmen zum Schutze bereits erworbenen Vermögens handeln und nicht etwa um den Verlust eines zu erwartenden Gewinns, wenn der Widerspruch nach § 744, II BGB unbeachtlich sein soll[53]). Auch hier kann nicht verlangt werden, daß die Maßnahme, gegen die sich der Widerspruch richtet, objektiv zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens notwendig ist, da eine solche Feststellung auf zu große Schwierigkeiten stoßen würde. Vielmehr muß es genügen, wenn der handelnde Gesellschafter nach pflichtgemäßer Prüfung die Handlung für notwendig erachtet.

Auch gegen den Widerruf der Prokura ist ein Widerspruch unmöglich, wie aus dem Wortlaut des § 116, III HGB ersichtlich ist und wie auch die Denkschrift[54]) ausdrücklich feststellt. Ebenso ist kein Widerspruch gegen einen anderen Widerspruch oder gegen eine Zustimmungserklärung denkbar[55]).

Der Widerspruch kann sich nur gegen Handlungen richten, die ein anderer Gesellschafter vorzunehmen gedenkt, also nie gegen das Unterlassen einer Handlung[56]). Hält ein Gesellschafter die Handlung, die ein anderer Gesellschafter nicht vornehmen will, dennoch für notwendig, so muß er sie entweder selbst vornehmen oder er muß einen Gesellschafterbeschluß herbeiführen. Es gibt auch keinen Widerspruch gegen „Handlungen, zu denen ein Gesellschaf-

---

[51]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 114, Anm. 2, § 115, Anm. 5; allgem. Einl. § 106 a, Hueck, Treuegedanke S. 16 ff.; Staudinger § 709 a I, 2 b; Wieland S. 565; ROHG. 25, 163 u. a. m.

[52]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 5; Staudinger § 709, II, 3 u. a. m.

[53]) Über die Beachtlichkeit des Widerspruchs siehe unten § 6, IV.

[54]) Vergl. Denkschrift II S. 92.

[55]) Vergl. v. Gorski S. 86; Nebel S. 9; Hahn S. 14.

[56]) Vergl. v. Gorski S. 86; Ritter § 115, Anm. 3.

ter auf Grund der actio pro socio dem anderen gegenüber berechtigt ist“[57]).

Der Widerspruch muß sich immer gegen bestimmte Maßnahmen richten. Das Gesetz spricht von „einer Handlung“. Diese Bestimmung darf nach herrschender Ansicht nicht zu eng ausgelegt werden. Es kann auch einer Reihe einzelner Geschäfte, einzelnen Gattungen[58]) von Geschäften oder der Verfolgung bestimmter Pläne[59]) widersprochen werden. Seine Grenze findet das so erweiterte Widerspruchsrecht in § 117, HGB. Das heißt, es darf nicht so vielen Handlungen widersprochen werden, daß darin eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis liegen würde, noch weniger ist ein generelles Verbot wirksam[60]). Denn eine Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsbefugnis ist nach § 117 HGB nur auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtlichen Beschluß möglich.

b) Die formellen Voraussetzungen des Widerspruchs.

Der Widerspruch ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung[61]). Er wird rechtlich erst wirksam, wenn er dem Empfangsberechtigten zugegangen ist (§§ 130 ff BGB). Der Widerspruch muß deutlich sein, er braucht aber nicht ausdrücklich zu erfolgen. Er ist an keine Formen gebunden, sondern kann sich auch aus den Umständen ergeben. Hahn[62]) führt zutreffend aus, daß nicht jede Mißbilligung oder Kritik einer beabsichtigten Geschäftsführung, nicht jede Äußerung eines Gesellschafters, daß er ein Geschäft nicht für erfolgversprechend halte, und daher selbst nicht vornehmen würde, ein Widerspruch sei. Es muß vielmehr deutlich der Wille des Widersprechenden zum Ausdruck kommen, daß er die Unterlassung der beabsichtigten Geschäftsführung verlangt, ein Wunsch oder eine Bitte genügt nicht. Ob der Wille des widersprechenden Gesellschafters mit der nötigen Deutlichkeit vorgebracht wurde, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden.

Der handelnde Gesellschafter ist nicht verpflichtet, den übrigen Gesellschaftern vor Ausführung seiner Geschäftsführungshandlung

---

[57]) Vergl. ROHG. 25, 163.
[58]) Vergl. RG. 84, 139; Bolze 17 Nr. 526.
[59]) Vergl. RG. 109, 58; Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 4.
[60]) Vergl. Müller-Erzbach S. 197. Vergl. das Beispiel von Müller Erzbach: Wenn ein Gesellschafter seinem Sozius verbietet, überhaupt noch eine Feder anzurühern.
[61]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 4; Ritter § 115, Anm. 3; RGR.-Komm. § 711, 2 u. a. m.
[62]) Vergl. Hahn S. 35.

Gelegenheit zum Widerspruch zu geben[63]). Dieser Grundsatz darf aber nicht dazu führen, daß ein Gesellschafter gegen Treu und Glauben und gegen die bei der Gesellschaft herrschenden geschäftlichen Gepflogenheiten den übrigen Gesellschaftern ein Geschäft verheimlicht, um ihnen so die Gelegenheit zum Widerspruch zu entziehen. Wenn z. B. ein Gesellschafter entgegen dem sonst innerhalb der OHG üblichen Verfahren, alle Briefe vorzulegen, einen bestimmten Brief nicht vorlegt, so handelt er gegen eine stillschweigende Vereinbarung, er verstößt gegen die gesellschaftliche Treupflicht und macht sich unter Umständen schadensersatzpflichtig.

Der Widerspruch ist grundsätzlich nur dann wirksam, wenn er rechtzeitig, also vor Durchführung des Geschäftes erfolgte, gegen das er gerichtet war. Hier ist allerdings eine wesentliche Unterscheidung zu machen. Handelt es sich um einen Widerspruch, der sich gegen innerbetriebliche Anordnungen richtet, so kommt der Widerspruch auch dann nicht zu spät, wenn der handelnde Gesellschafter schon gewisse Anordnungen gegeben hat. Die Anordnungen müssen dann widerrufen werden, sonst kann der widersprechende Gesellschafter selbst eingreifen. Mit Rücksicht auf das Ansehen der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsangestellten sollte allerdings der widersprechende Gesellschafter sein persönliches Eingreifen nur auf die äußersten Fälle beschränken. Schwieriger ist die Frage des verspäteten Widerspruchs„ wenn es sich um rechtliche Beziehungen zu Dritten handelt. Hier hat zwar grundsätzlich der widersprechende Gesellschafter im Innenverhältnis die stärkere Rechtsstellung als der handelnde Gesellschafter. Wenn aber ein Geschäft nach außen zustande gekommen ist, dann muß der Widerspruch vor den wohlerworbenen Rechten Dritter Halt machen[64]). Wenn dagegen nur eine „freibleibende" Offerte gemacht wurde, so muß die Offerte widerrufen werden, da möglichst der alte Zustand wieder hergestellt werden soll. Der Widerspruch muß aber auch dann beachtet werden, wenn ein Dritter zwar Rechte erworben hat, die Gesellschaft aber ohne wirtschaftliche Schädigung wieder von diesen Rechten befreit werden kann.

Selbstverständlich handelt es sich bei all diesen Ausführungen nur um das Innenverhältnis. Dritten gegenüber ist ein Widerspruch vollkommen gleichgültig, wenn der handelnde Gesellschafter vertretungsberechtigt ist. Nach § 126, II HGB ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam. Etwas anderes ist es, wenn ein Gesellschafter im Rahmen seiner Vertretungsmacht Geschäfte eines anderen Gesellschafters rückgängig macht. Ein derartiger „Widerruf" berührt an und für sich

[63]) h. M. vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 4.
[64]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 4.

nur das Außenverhältnis. Er kann allerdings auch für den hier behandelten Widerspruch von Bedeutung sein.

Grundsätzlich ist zwar der Widerspruch an den geschäftsführenden Gesellschafter selbst zu richten, der die Handlung vornehmen will oder bereits eingeleitet hat. Der Charakter des Widerspruchs als empfangsbedürftige Willenserklärung rechtfertigt aber nicht den Schluß[65]), daß der Widerspruch nur dann gültig sei, wenn er an den handelnden Gesellschafter gerichtet ist. Vielmehr ist der Widerspruch von dem handelnden Gesellschafter auch dann zu beachten, wenn er durch einen anderen Gesellschafter, ja sogar durch einen Dritten von dem Widerspruch erfährt. Auch ein anderer Gesellschafter als derjenige, der eine Geschäftsführungshandlung als erster vornehmen wollte, darf diese Handlung, wenn ihr einmal durch einen dritten Gesellschafter widersprochen wurde, nicht mehr vornehmen, es sei denn, daß die persönlichen Voraussetzungen, wegen deren dem ersten Gesellschafter die Handlung verboten wurde, bei dem anderen Gesellschafter nicht vorhanden sind.

IV. Der beachtliche Widerspruch.

Widerspricht ein geschäftsführender Gesellschafter rechtzeitig einer Geschäftsführungshandlung eines anderen Geschäftsführers, so muß die Handlung unterbleiben. Es gibt aber eine Reihe von Fällen, in denen ein Widerspruch, der alle formellen Voraussetzungen erfüllt, trotzdem nichtig ist, auch wenn alle bisher geprüften Voraussetzungen erfüllt sind.

Ein Widerspruch ist zunächst nach § 138 BGB nichtig, wenn er gegen die guten Sitten verstößt, oder wenn durch ihn der Gesellschaft oder einem Gesellschafter in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt wird. Die Absicht, Schaden zuzufügen, braucht aber nicht der einzige Beweggrund des Handelns zu sein, wie bei der schikanösen Rechtsausübung des § 226 BGB.[66]).

Ferner ist ein Widerspruch nichtig, der gegen ein gesetzliches Gebot verstößt (§ 134 BGB). So fordert § 40 HGB zum Beispiel die Aufstellung des Inventars und der Bilanz. Ein Widerspruch, der sich gegen die Erfüllung dieser gesetzlichen Pflicht wendet, ist nichtig. Er braucht von den Gesellschaftern überhaupt nicht beachtet zu werden[67]). Soweit es sich nicht um Muß-Vorschriften, sondern um gesetzliche Sollvorschriften handelt, wird ein Widerspruch nicht stets nichtig sein, meist aber gegen die guten Sitten verstoßen.

---

[65]) So Schlegel S. 27.
[66]) Vergl. RGZ. 58, 216.
[67]) Vergl. RGZ. 80, 335.

Nach allgemeiner Ansicht ist ein schikanöser Widerspruch nichtig, also ein Widerspruch, der nur den Zweck hat, der Gesellschaft oder einem Gesellschafter Schaden zuzufügen. Ein Widerspruch, der aber ausschließlich den Zweck hat, Schaden zuzufügen, dürfte sehr selten sein und noch seltener dürfte in der Praxis der Nachweis gelingen, daß die Voraussetzungen des § 226 BGB erfüllt sind. Der widersprechende Gesellschafter wird fast stets nachweisen können, daß der Widerspruch einen anderen Zweck hatte als den der Schadenszufügung. Sieht man also in § 226 BGB, wie Staub, die einzige Grenze des beachtlichen Widerspruchs, eine Meinung, der wir uns in den bisherigen Ausführungen nicht anschließen konnten, so wäre ein Mißbrauch des Widerspruchsrechts zu befürchten. Es muß daher für die Beachtlichkeit des Widerspruchs nach anderen Grenzen gesucht werden.

Diese Frage ist für die Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters von größter Bedeutung. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen ein Widerspruch zwar alle formalen Voraussetzungen erfüllt und auch nicht etwa nichtig im Sinne der §§ 134, 138, 226 BGB ist, aber von dem widersprechenden Gesellschafter entweder vorsätzlich oder fahrlässig pflichtwidrig erhoben wurde. Ein solcher Widerspruch ist an sich gültig. Es erhebt sich aber die Frage, ob er von dem handelnden Gesellschafter beachtet werden muß. Dieser in den folgenden Ausführungen als „unbeachtlich" bezeichneter Widerspruch unterscheidet sich theoretisch von dem „nichtigen" Widerspruch nach §§ 134, 138, 226 BGB dadurch, daß er an sich gültig ist, daß aber gegen ihn eine Einrede wegen schuldhafter unsorgfältiger oder mißbräuchlicher Erhebung besteht und daß er deshalb — wie noch darzulegen ist — außer acht gelassen werden kann[68]). Da das Gesetz selbst über diese Frage keinen Aufschluß gibt, ist es notwendig, durch entsprechende Anwendung ähnlicher Gesetzesvorschiften und unter Berücksichtigung des Zweckes und des Geistes der offenen Handelsgesellschaft eine befriedigende Lösung des Problems zu finden. Befriedigend wird aber das Ergebnis nur dann sein, wenn es rechtlich folgerichtig ist, die Gesellschaft möglichst vor Schaden bewahrt und durch Rechtssicherheit das Vertrauen und den Rechtsfrieden der Gesellschafter untereinander gewährleistet.

Es wurde festgestellt, daß das Widerspruchsrecht nicht ein Sonderrecht des Gesellschafters, sondern ein Teil der Geschäftsführung ist und daß es deshalb nach bestem Ermessen und unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen, entsprechend der Treupflicht des geschäftsführenden Gesellschafters auszuüben ist. Jeder Widerspruch, der nicht entsprechend diesen Grundsätzen ausgeübt wird, ist pflichtwidrig und wenn dazu noch vorsätzliches oder fahrlässiges Han-

[68]) Vergl. Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 712; Hahn S. 40.

deln kommt, liegt ein schuldhaft pflichtwidriger Widerspruch vor. Ein solcher Widerspruch verpflichtet zum Ersatz des durch ihn entstandenen Schadens. Dies ist mit gewissen Einschränkungen die Meinung selbst derjenigen Schriftsteller[69]), die sonst nicht auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen. Dann ist es aber folgerichtig, jeden schuldhaft pflichtwidrigen Widerspruch für unbeachtlich zu erklären[70]). Denn wenn ein pflichtwidrig schuldhafter Widerspruch nicht beachtet wird, so kann der Gesellschaft auch kein Schaden erwachsen, sondern ein Gewinn und somit ist dem Ziel der OHG am besten gedient.

Die einzige Schwierigkeit liegt darin, wer entscheiden soll, ob ein Widerspruch schuldhaft pflichtwidrig ist. Das naheliegendste wäre, dem handelnden Gesellschafter die Entscheidung dieser Frage zu überlassen. Wenn dann der Gesellschafter im Falle eines Prozesses auch nachzuweisen hat, daß der Widerspruch nicht nur „sachwidrig", sondern pflichtwidrig ist, d. h. daß der handelnde Gesellschafter entweder vorsätzlich die Interessen der Gesellschaft verletzt oder doch diese Interessen nicht mit der Sorgfalt wahrnimmt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt", also treuwidrig war[71]), so dürften doch auch bei dieser Lösung gewisse Bedenken aufkommen.

Das Widerspruchsrecht ist dem einzelnen Gesellschafter auch zu seinem Schutz gegeben[71]), und zweifellos wollte der Gesetzgeber dem widersprechenden Gesellschafter die stärkere Stellung einräumen. So sagt Cosack[72]) mit Recht: Wer nein sagt, habe immer mehr Macht, als wer ja sagt. Würde man also ohne weiteres dem handelnden Gesellschafter die Entscheidung überlassen, so wäre eine Unterhöhlung des Widerspruchsrechts zu befürchten. Der Widerspruch wäre kein Verbot einer Handlung mehr, sondern praktisch höchstens ein Ersuchen, die Handlung zu unterlassen. Der Widerspruch wäre nicht viel mehr als eine Erleichterung der Beweislast[73]). Dazu kommt, daß man an die Objektivität des handelnden Gesellschafters keine allzugroßen Anforderungen stellen sollte. Denn wenn einem Gesellschafter eine Handlung wichtig genug erscheint, daß er widerspricht, der andere Gesellschafter aber die Handlung trotz des Verbots vornehmen und der widersprechende Gesellschafter seinen Widerspruch nicht zurücknehmen will, so dürften sich beide Gesellschafter ihre Maßnahmen reiflich überlegt haben. Jeder Gesellschafter ist dann von der Richtigkeit seiner Meinung überzeugt und nur allzuleicht werden sich die in Streit geratenen

---

[69]) Vergl. Brand § 115, Anm. 2 c; Staub-Pinner § 115, Anm. 5 und 9; Lehmann-Ring § 115, Nr. 1; Ludewig JW. 1925, S. 2586.

[70]) So Hueck, Treugedanke, S. 8.

[71]) So Hueck a. a. O.

[72]) Vergl. Cosack, S. 468.

[73]) Vergl. oben § 8, II S. 38 ff.

Gesellschafter schuldhaft pflichtwidriges Handeln, ja jeden überhaupt nur möglichen Vorwurf machen[74]). Da ein Geschäft nie restlos dem anderen gleicht, aber häufig doch ähnlich sein kann, wird der handelnde Gesellschafter leicht behaupten können, daß der widersprechende Gesellschafter in einem anderen Fall in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger entschieden hätte. Ein widersprechender Gesellschafter wäre den Übergriffen eines handelnden vermögenslosen Gesellschafters schutzlos preisgegeben.

Eine andere Lösung wäre, in Streitfällen dem Gericht die Entscheidung zu übertragen. Hueck stellt aber zutreffend fest[75]), daß die Scheu, ohne weiteres jedem schuldhaft pflichtwidrigen Widerspruch die Wirkung abzusprechen, sich wohl daraus erkläre, daß die Frage, was sachdienlich und zweckmäßig ist, weitgehend eine Ermessensfrage sei und man nicht dem Gericht die Entscheidung über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der in Frage kommenden Maßnahme anvertrauen wolle. Wenn es auch, wie Hueck weiter ausführt, auf den Beweis des handelnden Gesellschafters ankommt, daß der widersprechende Gesellschafter schuldhaft pflichtwidrig gehandelt hat, so würde, wie Hueck an späterer Stelle bemerkt, das Urteil in den meisten Fällen zu spät kommen, und selbst eine einstweilige Verfügung würde meistens nicht rasch genug erwirkt werden können, weil dafür ein schuldhaftes Verhalten des widersprechenden Gesellschafters glaubhaft gemacht werden müsse und eine solche Glaubhaftmachung naturgemäß auf Schwierigkeiten stoße. Das Gericht kann aber nicht nur dann zu spät kommen, wenn der Widerspruch pflichtwidrig ist, wie Hueck ausführt, sondern auch dann, wenn ein Gesellschafter sich pflichtwidrig über einen beachtlichen Widerspruch hinwegsetzt. Jedoch hat ein Urteil, das feststellt, ob ein Widerspruch beachtlich ist, selbst dann noch Vorteile, wenn es zu spät kommt, da für den etwa folgenden Schadensersatzprozeß die Schuldfrage bereits geklärt ist.

Diese und ähnliche Überlegungen mögen dazu geführt haben, daß eine Reihe von Schriftstellern für die Beachtlichkeit des Widerspruchs andere Grenzen vorgesehen haben. So hält Müller-Erzbach[76]) außer dem schikanösen Widerspruch den Widerspruch für unbeachtlich, der gegen den Gesellschaftszweck verstößt. Lehmann[77]) hält den illoyalen Widerspruch für unbeachtlich, ohne aber näher darauf einzugehen, was unter „illoyal" zu verstehen ist. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg[78]) sagt, daß ein „offensichtlich gegen die Gesellschaftstreue verstoßender Widerspruch nicht beachtet zu werden brauche". Von allen Meinungen kommt die

[74]) Vergl. z. B. den bei RG. 109, 60 entschiedenen Prozeß.
[75]) Vergl. Hueck, Treugedanke S. 8.
[76]) Vergl. S. 197.
[77]) Vergl. S. 245, Anm. 2.
[78]) Vergl. § 115, Anm. 5.

Ansicht Flechtheims der hier vertretenen am nächsten. Doch verspricht diese Einschränkung keinen allzugroßen praktischen Nutzen. Denn einerseits muß sich ein Gesellschafter stets über die Folgen seines Handelns im klaren sein, wenn er sich über einen beachtlichen Widerspruch hinwegsetzte und daher wird er in solchen Fällen, wo die Pflichtwidrigkeit des Widerspruchs nicht offensichtlich zu erkennen ist, ohnedies besonders vorsichtig sein. Andererseits macht es bei Gesellschaftern, die einmal wegen eines Widerspruchs in Streit geraten sind und deshalb nicht mehr völlig objektiv sein können, nicht sehr viel aus, ob nun jeder treuwidrige oder nur der offensichtlich treuwidrige Widerspruch beachtet zu werden braucht.

Es ist auch nicht möglich, für die Beachtlichkeit des Widerspruchs verschiedene Grenzen zu setzen, je nachdem, ob der handelnde Gesellschafter, das Gericht oder ein Dritter die Entscheidung zu treffen hat. So glaubt Staub-Pinner dadurch Abhilfe zu schaffen, daß er bei dem unbeachtlichen Widerspruch eine Klage auf Zustimmung gibt. Dies ist nicht folgerichtig. Denn entweder ist der Widerspruch gültig, dann muß er beachtet werden, oder der Widerspruch ist unbeachtlich, dann braucht es auch keiner richterlichen Hilfe, um die Maßnahme vornehmen zu können. Ludewig[79]) glaubt innerhalb der Treupflicht einen „hinreichend festen Richtpunkt" außer in § 226 BGB durch rechtsähnliche Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen des § 252, III. HGB zu finden. Ludewig ist zwar ebenfalls der Meinung, daß der Widerspruch nur im Interesse der Gesellschaft erfolgen dürfe, daß er aber nicht allein dadurch unwirksam sei, daß er gegen die Gesellschaft verstoße.

Ohne auf die schon durch die Rechtsprechung stark beschränkte Bedeutung des § 252, III HGB. und seine einschränkende Änderung im neuen Aktienrecht (§ 114,V) einzugehen, muß die Meinung Ludewigs abgelehnt werden[80]). Denn während die auch heute noch herrschende Ansicht eine Treupflicht des Aktionärs ablehnt, wird diese bei der offenen Handelsgesellschaft von der herrschenden Meinung bejaht. Bei dem Gesellschafter einer AG, der nach freiem Ermessen abstimmen kann, ist § 252, III. HGB. gerechtfertigt, nicht aber bei dem Gesellschafter einer OHG, dessen Stimmrechtsausübung größten Teils ein Akt der Geschäftsführung ist. Man käme nach Ludewig zu dem wenig befriedigenden Ergebnis, daß das Widerspruchsrecht wohl „unter der obersten Maxime des Wohles der Gesellschaft"[81]) stehen müsse, aber praktisch nur durch § 226 BGB und § 252, III HGB beschränkt wäre.

---

[79]) Vergl. JW. 1925, 2586.

[80]) Vergl. auch Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 710—713; Treuegedanke, S. 21.

[81]) Vergl. S. 83.

Außerdem ist in Wahrheit, wie sogleich noch darzulegen ist, das Widerspruchsrecht nicht immer dadurch ausgeschlossen, daß es sich um eigene Angelegenheiten des Gesellschafters handelt.

Ein Teil des Schrifttums vertritt allerdings die Meinung, daß der Widerspruch in eigenen Angelegenheiten der Natur der Sache nach ausgeschlossen sei[82]). Ein anderer Teil lehnt, wie schon erwähnt, das Widerspruchsrecht in diesem Falle in entsprechender Anwendung des § 252, III ab[83]). Nach richtiger Ansicht ist ein völliger Ausschluß des Widerspruchsrechts in eigenen Angelegenheiten abzulehnen[84]). So führt Düringer-Hachenburg aus: „Nicht unbedingt illoyal ist der Widerspruch eines Gesellschafters gegen solche Maßnahmen, die sich gegen ihn selbst richten. Zum Beispiel die Kündigung eines Darlehens oder eines Agenturvertrages. (RG. 81, 92). Der Ausschluß des Widerspruchsrechtes liegt hier keineswegs in der Natur der Sache." Es kommt eben alles auf den Einzelfall an oder, wie Wieland sagt[85]), es ist Tatfrage.

Entscheidend für die Frage, ob ein Widerspruch in eigenen Angelegenheiten beachtlich sein soll oder nicht, ist weniger, ob Interessen des Widersprechenden in Frage stehen, als vielmehr, in welchem Verhältnis diese Interessen zu den Gesellschaftsinteressen stehen. Die Gesellschaftsinteressen zu fördern, hat jeder Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag versprochen, und dieses Versprechen wird auch dadurch nicht aufgehoben, daß durch die Förderung der Gesellschaftsinteressen der Gesellschafter selbst geschädigt wird. Wenn also auch grundsätzlich das Widerspruchsrecht nicht schon dadurch ausgeschlossen wird, daß persönliche Interessen des Widersprechenden auf dem Spiel stehen, so wird ein Widerspruch doch stets dann unbeachtlich sein, wenn der Gesellschafter durch seinen Widerspruch die Verfolgung von Gesellschaftsinteressen verhindern will, um seinen eigenen, entgegengesetzten Interessen zum Ziel zu verhelfen.

Ausgeschlossen wäre daher z. B. ein Widerspruch, wenn die Handlung, gegen die er sich richtet, gerade darin besteht, daß der handelnde Gesellschafter ein gesellschaftliches Interesse gegen den Widersprechenden selbst wahrnimmt, z. B. im Falle des § 117 HGB bei Antrag auf Entziehung der Geschäftsführung[86]), oder, wenn der widersprechende Gesellschafter Schuldner der Gesell-

---

[82]) Vergl. Brand § 115, Anm. 2 c; Fiedler S. 39; Gorski S. 86; Hueck S. 327; Knoke S. 100; Plank S. 709.

[83]) Vergl. Ludewig JW. 1925, 2586 und anscheinend auch Müller-Erzbach S. 197.

[84]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 5; Ritter § 115, Anm. 3; Hahn S. 46; Nebel S. 23; Ritter § 115; Wieland S. 569, Anm. 34; Weil S. 60, 71.

[85]) Vergl. Wieland S. 569.

[86]) Vergl. ROHG. 25, 163.

schaft ist und ein Anspruch gegen ihn geltend gemacht werden soll[87]).

Das Reichsgericht führt aber zutreffend aus[88]), daß der Widerspruch eines Geschäftsführers gegen eine kaufmännische Maßnahme, bei der ein Gesellschafter auch außerhalb der Rechtssphäre der Gesellschaft beteiligt ist, eher berücksichtigt zu werden verdient, da gerade dieser Gesellschafter die Verhältnisse auf Grund größerer Sachkenntnis besser übersehen könne. Hahn ist der richtigen Meinung[89]), daß es durchaus möglich ist, daß der widersprechende Gesellschafter sogar in eigener Sache die Interessen der Gesellschaft besser wahrnehmen kann als der handelnde Gesellschafter. Die rechtsähnliche Anwendung des § 252, III HGB führt also auch zu keinem befriedigenden Ergebnis.

Die vorstehenden Ausführungen versuchten aufzuzeigen, daß die Frage, wann ein Widerspruch beachtlich sein soll, nicht dadurch beantwortet werden kann, daß man für die Ausübung des Widerspruchsrechts engere Grenzen zieht, als sie durch die Treupflicht des Gesellschafters gegeben sind. Auch die Anwendung rechtsähnlicher Gesetzesvorschriften führt ebenso wenig zu einer brauchbaren Lösung, wie der Vorschlag, die Entscheidung von Fall zu Fall dem Gericht oder einem Dritten zu überlassen.

Eine Lösung, die alle Schwierigkeiten überwindet, ist hier unmöglich. Zwar wurde festgestellt, daß es bei der Ausübung des Widerspruchsrechtes nicht auf sachliche Meinungsverschiedenheiten ankommt, sondern nur darauf, daß der widersprechende Gesellschafter ohne Fahrlässigkeit (§ 708 BGB) glaubt, sein Widerspruch liege im Interesse der Gesellschaft. Aber auch bei der Beurteilung dieser Frage ist die Zweckmäßigkeit der Handlung von Bedeutung. Die objektive Zweckmäßigkeit kann aber niemand feststellen, da diese Feststellung eine prophetische Gabe voraussetzt.

Es kommt deshalb darauf an, einen Weg zu finden, der dem Geist der OHG, dem Sinn und Zweck des Widerspruchsrechts am meisten entspricht und der einen harmonischen und damit erfolgreichen Verlauf der Gesellschaftsgeschäfte gewährleistet. Wägt man das Für und Wider der verschiedenen Anschauungen auf diesem Gebiete gegeneinander ab, so findet man, daß die Meinung, ein pflichtwidrig erhobener Widerspruch brauche nicht berücksichtigt zu werden, nicht nur rechtlich am folgerichtigsten ist, sondern, mit gewissen Einschränkungen, auch die zweckmäßigste Lösung aller Schwierigkeiten verspricht. Pflichtwidrig ist dabei ein Widerspruch stets dann, wenn er vorsätzlich den Gesellschaftsinteressen zuwider handelt oder diese Interessen von dem widersprechenden Gesell-

[87]) Vergl. RG. 81, 94.
[88]) Vergl. Bolze 17, Nr. 526; Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 5.
[89]) Vergl. Hahn S. 46.

schafter nicht mit der Sorgfalt wahrgenommen wurden, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Rechtlich am folgerichtigsten ist die Lösung, weil ein pflichtwidriger Widerspruch nach allgemeiner Ansicht zum Schadensersatz verpflichtet. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 BGB) besteht dann aber ein Anspruch auf Rücknahme des Widerspruchs. Dennoch von dem handelnden Gesellschafter zu fordern, einen pflichtwidrigen Widerspruch zu beachten, wäre unbillig.

Es muß aber auch festgestellt werden, daß diese Anschauung an das Urteilsvermögen und die Objektivität der geschäftsführenden Gesellschafter größere Anforderungen stellt als eine engere Auslegung des Widerspruchsrechts. Nur wenn sich jeder geschäftsführende Gesellschafter darüber im klaren ist, daß er auch bei der Ausübung des Widerspruchsrechtes die Interessen der Gesellschaft verfolgen muß, nur wenn er sich auch hier seiner Treupflicht bewußt ist, kann das Widerspruchsrecht die vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung erzielen.

Allerdings scheint noch eine Einschränkung notwendig. Wie im Zivilprozeß der streitigen Verhandlung ein Gütetermin vorherzugehen hat, so sollte die richtige Beurteilung des Widerspruchsrechtes dazu führen, daß zwischen dem widersprechenden und dem handelnden Gesellschafter nicht der Streit vertieft, sondern ein gütlicher Ausgleich versucht wird. Dies kann aber nur erreicht werden, wenn man von dem widersprechenden Gesellschafter fordert, daß er auf Verlangen des handelnden Gesellschafters seinen Widerspruch begründet. Die Begründungspflicht wird von der herrschenden Meinung, wenn auch stets ohne Begründung, abgelehnt[90]). Bejaht wird sie nur von Ritter[91]) sowie Hahn[92]) und zwar in dem Sinn, daß der Widerspruch nicht, wenn er erhoben wird, sondern erst auf Verlangen begründet werden muß. Daß eine Widerspruchspflicht von denjenigen Schriftstellern verneint wird, die das Widerspruchsrecht nach freiem Ermessen ausüben lassen, erscheint verständlich, denn in diesem Falle ist es ja gleichgültig, aus welchen Gründen ein Gesellschafter widerspricht. Wenn aber nach richtiger Ansicht das Widerspruchsrecht von der Gesellschaftstreue beherrscht werden soll, dann ist es auch notwendig, daß der widersprechende Gesellschafter auf Verlangen die Gründe seines Widerspruchs klarlegt. § 118, HGB gibt jedem, auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter das Recht, sich über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten und wenn der einzelne Fall es erfordert, so kommt

[90]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 5; Koenig § 115, Anm. 3; Mahnkopf S. 22; Neufeld-Schwarz § 115, Anm. 2; Schlegel S. 45; Weil S. 48 u. a. m.

[91]) Vergl. § 115, Anm. 3.

[92]) Vergl. Hahn S. 48.

sogar die Auskunftspflicht des § 666 BGB in Verbindung mit § 713 BGB zur Anwendung. Umsomehr ist also eine Begründungspflicht zu bejahen.

Die Begründungspflicht bringt zugleich auch eine größere Rechtssicherheit mit sich, denn wenn der widersprechende Gesellschafter sich weigert, für seinen Widerspruch Gründe anzugeben, so handelt er treuwidrig. Er wird sich dann in solchen Fällen meistens scheuen, seine eigennützigen Beweggründe zu offenbaren. Teilt er die Gründe mit, so führt dies nicht nur zu einer Entspannung in dem Verhältnis der Gesellschafter, sondern der handelnde Gesellschafter kann sich jetzt eher ein Urteil darüber bilden, ob der widersprechende Gesellschafter schuldhaft sein Recht verletzt hat oder nicht. Eine notwendige Ergänzung dieser Begründungspflicht des widersprechenden Gesellschafters ist aber die Forderung, daß ein Gesellschafter, der einen Widerspruch für unbeachtlich hält und ihn außer acht lassen will, vorher nach Möglichkeit sich über die Gründe des widersprechenden Gesellschafters Klarheit verschafft.

Die richtige Erkenntnis des Widerspruchsrechts als Geschäftsführungsrecht, die Schadensersatzverpflichtung, die sich bei schuldhafter Erhebung oder Mißachtung des Widerspruchs ergibt und die weiteren Folgen aus § 117 HGB (Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis) und § 113 HGB (Auflösung der Gesellschaft) werden den geschäftsführenden Gesellschafter weiterhin veranlassen, mit größter Sorgfalt vorzugehen.

Die beim Widerspruchsrecht entstehenden Schwierigkeiten lassen sich durch vertragliche Bestimmungen mildern. Vor allem ist hier daran zu denken, die Entscheidung, ob ein Widerspruch beachtlich ist, einem Dritten, etwa einem anderen Gesellschafter zu übertragen[93]). Wenn zwei Personen in Streit geraten sind, kann nur ein Dritter Richter sein. Der Dritte ist aber kein Schiedsrichter[94]), er entscheidet nicht, welcher Gesellschafter im Recht ist, sondern darüber, wie die Geschäftsführung am zweckmäßigsten zu handhaben ist. Außerdem dürfte es in vielen Fällen zweckmäßig sein, für „wichtige Geschäfte“[95]) Gesamtgeschäftsführung einzuführen. Bei weniger wichtigen Geschäften werden die Gesellschafter auch weniger leicht in Streit geraten.

Wurde pflichtgemäß widersprochen und steht sachlich Meinung gegen Meinung, dann muß die Handlung unterbleiben. Es mag die einfachste Handlung sein, sie mag noch so dringend, noch so nutzbringend sein, alle anderen Gesellschafter mögen gegen den Widerspruch sein, es kann Gefahr in Verzug vorliegen,

---

[93]) Vergl. auch unten § 11, S. 59 ff.

[94]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 8; Lehmann-Ring § 115, Anm. 3.

[95]) Vergl. auch unten § 12, S. 60 ff.

der sachliche Meinungsstreit ist nicht nachzuprüfen. Ob der Widerspruch sachlich begründet ist, entscheidet ebenso wenig wie der Erfolg der Handlungen.

Die Wirkung des Widerspruchs auf die beabsichtigte oder schon eingeleitete Handlung wurden oben[96]) behandelt. Der Widerspruch verliert im allgemeinen seine Wirkung nicht durch eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, die bei seiner Erhebung bestanden haben, sondern nur durch die Rücknahme des Widerspruchs vonseiten des widersprechenden Gesellschafters. Allerdings können veränderte Verhältnisse dazu führen, daß der widersprechende Gesellschafter seinen Widerspruch zurücknehmen muß. Denn es ist zu unterscheiden, ob der Gesellschafter einer Handlung schlechthin oder nur unter den zur Zeit bestehenden Verhältnissen widerspricht. Sehr häufig wird letzteres zutreffen. Da bei der Rücknahme des Widerspruchs die gleichen Grundsätze gelten wie bei seiner Erhebung[97]), muß dann der Widerspruch zurückgenommen werden. Ist der Widerspruch zurückgenommen, dann hat der handelnde Gesellschafter wieder unbeschränkte Geschäftsführungsbefugnis. Veränderte Umstände, von denen der Gesellschafter, der Widerspruch erhoben hat, auch Kenntnis erhalten hat, können die Gutgläubigkeit dieses Gesellschafters in Bösgläubigkeit verwandeln und dazu führen, daß der Widerspruch unbeachtlich wird.

Zusammenfassend sei festgestellt: Das Widerspruchsrecht, zu dessen Ausübung der geschäftsführende Gesellschafter berechtigt und verpflichtet ist, ist ein Teil der Geschäftsführung und muß nach bestem Ermessen unter Wahrung der gesellschaftlichen Treupflicht ausgeübt werden. Ein pflichtwidrig erhobener Widerspruch kann von dem handelnden Gesellschafter außer acht gelassen werden.

§ 9 Hauptfälle der Haftung beim Widerspruchsrecht.

I. Haftung bei pflichtwidriger Erhebung oder Unterlassung eines Widerspruchs.

Da der Widerspruch ein Akt der Geschäftsführung ist, macht sich ein Gesellschafter, der vorsätzlich gegen die Gesellschaftstreue einen Widerspruch erhebt, oder bei Ausübung dieses Rechts nicht mit der Sorgfalt vorgeht, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, schadensersatzpflichtig. Ritter[98]) ist nun der Meinung, daß der widersprechende Gesellschafter nur bei einem Widerspruch, der gegen Treu und Glauben verstößt, schadensersatzpflichtig wird. Nicht aber, wenn der Widerspruch unsorg-

[96]) Vergl. oben § 8, III S. 33 ff.
[97]) Vergl. Ritter § 115, Anm. 3 a.
[98]) Vergl. § 115, Anm. 3 b.

fältig ist, infolge des Widerspruchs die Handlung unterbleibt und dadurch ein Schaden entsteht. Er begründet diese Ansicht damit, daß der Widerspruch kein Geschäftsführungsakt sei, sondern daß es das gute Recht des Gesellschafters wäre, zu widersprechen. Den Interessen der übrigen Gesellschafter sei ausreichend Rechnung getragen, da der Widerspruch nicht gegen Treu und Glauben erklärt werden darf. Abgesehen davon, daß wir zu dem Ergebnis gekommen sind, daß der Widerspruch sehr wohl zur Geschäftsführung gehört, ist die Unterscheidung Ritters zwischen unsorgfältigem und mißbräuchlichem Widerspruch deshalb abzulehnen, weil sie zu untragbaren Ergebnissen führen würde. Wenn nämlich ein Gesellschafter bei seinem eigenen Handeln unsorgfältig ist, so hat er Schadensersatz zu leisten. Wenn er aber der gleichen Handlung, die ein anderer Gesellschafter vornimmt, unsorgfältig widerspricht und dadurch ein Schaden entsteht, hätte er nach Ritters Ansicht keinen Schadensersatz zu leisten[99]).

Wenn Umfang und Geltendmachung des Schadens auch in einem besonderen Abschnitt[100]) zusammenfassend behandelt werden sollen, so muß hier bei pflichtwidriger Erhebung des Widerspruchs doch eine Besonderheit bei der Wiedergutmachung des Schadens weggenommen werden. Da der unsorgfältig widersprechende Gesellschafter zum Schadensersatz verpflichtet ist, so hat er nach § 249 BGB in erster Linie den Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Diese Pflicht wirkt sich dahingehend aus, daß der widersprechende Gesellschafter nicht nur einen etwa entstandenen Schaden ersetzen, sondern auch den Widerspruch zurücknehmen muß, um so dem handelnden Gesellschafter die frühere Handlungsfreiheit wiederzugeben.

Auch die Unterlassung eines Widerspruchs kann den Gesellschafter dann schadensersatzpflichtig machen, wenn er schuldhaft einen Widerspruch gegen eine Handlung unterläßt, von der er bei pflichtgemäßer Prüfung annehmen mußte, daß sie der Gesellschaft Schaden bringt. Diese Pflicht darf aber nicht so aufgefaßt werden, daß sich die Gesellschafter ständig gegenseitig überwachen müßten. Dies wäre namentlich bei größeren Unternehmungen ganz unmöglich und die Vorteile der Einzelgeschäftsführung würden dadurch sehr stark vermindert werden. Maßgebend ist vielmehr, ob eine solche Nachprüfung von einem ordentlichen Kaufmann verlangt werden kann[101]). Ist im gegebenen Fall eine Widerspruchspflicht zu bejahen und durch die Handlung, der nicht widersprochen wurde, der Gesellschaft Schaden zugefügt worden, so haftet

[99]) Vergl. auch Hahn, S. 54.
[100]) Näheres unten § 13. I S. 63 ff.
[101]) Vergl. auch Hueck, Treuegedanke S. 7.

der handelnde Gesellschafter und der Gesellschafter, der pflichtwidrig nicht widersprochen hat, als Gesamtschuldner gegenüber der Gesellschaft. Der Anteil am Schadensersatz richtet sich nach dem Maß ihres Verschuldens.

II. Haftung bei schuldhafter Befolgung eines unbeachtlichen Widerspruchs.

Grundsätzlich hat der handelnde Gesellschafter einen Widerspruch zu beachten und die Handlung, der widersprochen wurde, zu unterlassen.

Es wurden jedoch schon oben[102]) die Fälle erörtert, in denen ein Widerspruch von dem handelnden Gesellschafter nicht beachtet zu werden braucht. Unter ihnen sind weiter zu unterscheiden die Fälle, in denen ein Gesellschafter einen Widerspruch unbeachtet lassen muß, und diejenigen, in denen er ihn unbeachtet lassen darf. Nur wenn der geschäftsführende Gesellschafter den Widerspruch unbeachtet lassen muß, liegt eine Pflichtverletzung vor, nur hier wird die Frage der Haftung von Bedeutung.

Ein Widerspruch muß unbeachtet bleiben, wenn er von einem hiezu unberechtigten Gesellschafter erhoben wurde oder sich gegen Handlungen richtet, denen nicht widersprochen werden kann, ferner stets dann, wenn ein Widerspruch offensichtlich treuwidrig ist. In letzterem Falle ist die Pflicht, den Widerspruch zu begründen, von größter Bedeutung. Denn nur wenn der widersprechende Gesellschafter überhaupt keine Rechtfertigung eines Widerspruchs vorbringen kann, ist dem handelnden Gesellschafter zuzumuten, daß er den Widerspruch unbeachtet lassen muß. Wann ein Gesellschafter darüber hinaus einen Widerspruch unbeachtet lassen darf, interessiert an dieser Stelle nicht, denn in diesem Falle haftet nur der pflichtwidrig widersprechende Gesellschafter.

Unterläßt ein geschäftsführender Gesellschafter wegen eines offensichtlich unbeachtlichen Widerspruchs eine Geschäftsführungshandlung, so wird er nur dann schadensersatzpflichtig, wenn der Gesellschaft durch das Unterlassen der Handlung ein Schaden entstanden ist. Dabei ist für eine Handelsgesellschaft ein entgangener Gewinn ebenfalls als Schaden zu werten. Für den entstandenen Schaden haften der pflichtwidrig widersprechende Gesellschafter und der Gesellschafter, welcher einen solchen Widerspruch beachtet, als Gesamtschuldner.

---

[102]) Vergl. oben § 8, IV, S. 39 ff.

III. Haftung bei schuldhafter Nichtbeachtung eines beachtlichen Widerspruchs.

Bei einem wirksamen Widerspruch muß die beabsichtigte Geschäftsführungshandlung unterbleiben. Auf die Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit der fraglichen Handlung kommt es nun nicht mehr an. Nimmt der Gesellschafter die Handlung trotz des Verbotes vor, so verstößt er gegen den Gesellschaftsvertrag bezw. gegen das Gesetz, er handelt nicht mehr im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis[103]). Die Folgen seines rechtswidrigen Tuns lassen sich aus dem Wortlaut des HGB. nicht erkennen. Nach herrschender Meinung[104]) kommen die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung. Nach § 678 BGB ist der Geschäftsführer, der gegen den wirklichen Willen des Geschäftsherrn ein Geschäft vornimmt und dies erkennen mußte, zum Ersatz des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm kein sonstiges Verschulden zur Last fällt. Auf die Geschäftsführung der OHG angewandt, bedeutet dies, daß ein Gesellschafter, der entweder vorsätzlich einem Widerspruch zuwiderhandelt oder bei der Prüfung der Beachtlichkeit eines Widerspruchs nicht die Sorgfalt walten läßt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, nicht mehr in den Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis handelt. Der Gesellschafter hat daher das Geschäft, gegen das sich der Widerspruch gerichtet, wie ein Dritter wahrzunehmen und es ist nunmehr ohne Bedeutung, mit welcher Sorgfalt er das Geschäft vornimmt, ob also zu dem ersteren Verschulden noch ein weiteres Verschulden hinzukommt.

Der Vorsatz, einem beachtlichen Widerspruch zuwider zu handeln, dürfte weit seltener gegeben sein als eine fahrlässige Verletzung des Widerspruchsrechts. Sei es, daß der geschäftsführende Gesellschafter einen Widerspruch für unbeachtlich hält, sei es, daß er ihn auf eine andere Handlung bezieht, ihn falsch auslegt oder glaubt, daß der Widerspruch zurückgenommen sei, sei es endlich, daß er den durch schlüssige Handlung erkennbaren Willen des widersprechenden Gesellschafters nicht beachtet; stets kommt es allein darauf an, daß der Gesellschafter die notwendige Sorgfalt walten ließ. Der Gesellschafter muß also bei Wahrung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, erkennen können, daß ein Widerspruch, und zwar ein beachtlicher Widerspruch, vorliegt.

---

[103]) Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6.

[104]) Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6; Staub-Pinner § 115, Anm. 5; OLG. Stuttgart in „Recht" 1913, Nr. 672 u. a. m. abw. Ritter § 115, Anm. 3 b.

Wenn also z. B. ein Widerspruch in einem Brief mitgeteilt wird, der morgens zugestellt, aber — wie bei dem fraglichen Gesellschafter üblich — erst mittags geöffnet wurde, so trifft den Gesellschafter kein Verschulden, wenn er die Handlung, der widersprochen wurde, in der Zwischenzeit vorgenommen hat. Dagegen haftet er wegen Fahrlässigkeit, wenn er gegen seine sonstige Gewohnheit den Brief erst nach Tagen geöffnet hat.

Während der geschäftsführende Gesellschafter in anderen Fällen schuldhafter Pflichtverletzung — also dann, wenn es sich nicht um eine Verletzung des Widerspruchsrechts oder ein anderes Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis handelt — nur den Schaden zu ersetzen hat, der durch seine Pflichtverletzung verursacht wurde, muß der Gesellschafter hier darüber hinaus das Geschäft, dem widersprochen wurde, auf eigene Rechnung und Gefahr nehmen[105]). Ja er hat das Geschäft selbst dann auf eigene Rechnung zu nehmen, wenn er nachweist, daß bei Befolgung des Widerspruchs der Gesellschaft der gleiche Schaden erwachsen wäre[106]). Auf den Umfang der Schadensersatzpflicht, das Eintrittsrecht der Gesellschaft, sowie die Geltendmachung des Schadens soll noch an späterer Stelle[107]) eingegangen werden.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Meinung ist Ritter[108]) der Ansicht, daß es nicht einzusehen sei, warum der Gesellschafter, der gegen den Widerspruch handelt, nicht als Gesellschafter, sondern als auftragsloser Geschäftsführer handle. Die Handlung sei zwar pflichtwidrig, gehöre aber immer noch zur Geschäftsführung und sei genau so wie eine unsorgfältig vorgenommene gewöhnliche Geschäftsführungshandlung zu werten. Der handelnde Gesellschafter habe daher auch hier nur für die diligentia quam in suis einzustehen. Zu dieser Ansicht ist festzustellen, daß das Widerspruchsrecht auch ein Schutz gegen die große Verfügungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters sein soll[109]). Dieser Aufgabe kann das Widerspruchsrecht aber nur unter zwei Voraussetzungen gerecht werden. Erstens, wenn ein Gesellschafter, der ihm zuwiderhandelt, mit einer stärkeren Strafe bedroht wird als bei sonstigen Pflichtverletzungen, da der Gesellschafter sich sonst über den Widerspruch hinwegsetzen und von der Gesellschaft verlangen könnte, daß sie das Ergebnis des Geschäfts und den Eintritt eines Schadens abwarten müsse. Zweitens, wenn durch das Widerspruchsrecht einem anderen Gesellschafter die Möglichkeit gegeben ist, bei einem Geschäft, das ihm nicht zusagt, seine Teilnahme als Gesellschafter zu verweigern und dem handelnden Ge-

[105]) Vergl. Wieland S. 563; 564; 569; RGLZ. 1913, 581.
[106]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6.
[107]) Vergl. unten § 13 S. 63 ff.
[108]) Vergl. oben § 8, II S. 30 ff.
[109]) Vergl. oben § 8, II S. 30 ff.

sellschafter das Geschäft für die Gesellschaft zu verbieten. Ein Gesellschafter, der einen Widerspruch vorsätzlich oder fahrlässig nicht beachtet, handelt gegen den erklärten Willen eines Gesellschafters und überschreitet damit die Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis. Er hat die Gesellschaftstreue in solcher Weise verletzt, daß es durchaus gerecht ist, wenn er in dem betreffenden Falle nicht mehr wie ein Gesellschafter behandelt wird.

Ritter bringt zur Begründung seiner Meinung das Beispiel, daß ein Gesellschafter, der auch in eigenen Angelegenheiten vergeßlich ist, den Widerspruch vergessen hat und daher die verbotene Handlung vornimmt. Ritter übersieht hiebei, daß die hier geschilderten Rechtsfolgen auch nach der hier vertretenen Ansicht nur dann eintreten, wenn der handelnde Gesellschafter bei Wahrung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, den Widerspruch hätte erkennen müssen. Dies ist aber bei dem vergeßlichen Gesellschafter nicht der Fall. Er wußte wohl von dem Widerspruch, aber bei der Vornahme der Handlung hatte er ihn vergessen, obwohl er nicht unsorgfältiger war als in eigenen Angelegenheiten. Ein andere Frage ist, welche Maßnahmen die übrigen Gesellschafter gegen einen so vergeßlichen Geschäftsführer ergreifen werden.

IV. Grenzfälle.

Bei der Frage, ob ein Widerspruch beachtlich ist oder nicht, handelt es sich um Ermessensfragen. Es können daher leicht Meinungsverschiedenheiten über die Zweckmäßigkeit einer Maßnahme entstehen, ohne daß einer der Gesellschafter gegen die Gesellschaftstreue verstößt[110]). Würde Meinung gegen Meinung stehen, so müßte die Handlung unterbleiben, obwohl ja nur eine Meinung, objektiv gesehen, richtig sein kann. Steht aber Gutgläubigkeit gegen Gutgläubigkeit, dann muß es letzten Endes, wenn kein Gesellschafter nachgeben will, doch zu einer Entscheidung durch einen Dritten kommen. Auch eine Anrufung der ordentlichen Gerichte[111]) führt die Entscheidung eines Dritten herbei.

Wird zur Entscheidung eines Streites kein Dritter beigezogen, dann entscheidet praktisch doch der Erfolg. Setzt sich ein handelnder Gesellschafter über einen gültigen Widerspruch hinweg, dann „haftet" er zwar, d. h. er hat für sein rechtswidriges Handeln einzustehen[112]), es kann ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 117 und 133 HGB vorliegen. Die Voraussetzung für eine Schadens-

[110]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 5.
[111]) Vergl. Näheres unten § 10, S. 55 ff.
[112]) Vergl. RGLZ. 1914, 586.

ersatzpflicht ist aber, daß ein Schaden eingetreten ist. So sagt Staub-Pinner[113]) mit Recht, daß durch den Beweis, daß die Handlung den Interessen der Gesellschaft wirklich entsprochen hat, zwar nicht die Widerrechtlichkeit der Handlung, wohl aber die Verpflichtung zum Schadensersatz beseitigt wird, weil dann eben ein Schaden nicht entstanden ist.

Weiterhin dürfte durch den Nachweis, daß der Schaden auch bei Beachtung des Widerspruchs eingetreten wäre, ebenfalls eine Ersatzpflicht entfallen.

Hat der handelnde Gesellschafter aber wegen eines pflichtwidrigen Widerspruchs eine Geschäftsführungshandlung unterlassen, so dürfte der Nachweis eines Schadens in sehr vielen Fällen schwierig sein. Der handelnde Gesellschafter kann, um dies zu vermeiden, dann entweder eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen, oder aber, wenn das Geschäft eilig ist, es auf eigene Rechnung nehmen und den Erfolg entscheiden lassen.

---

[113]) Vergl. Staub-Pinner § 115, Anm. 5; Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6; Staudinger § 709, Anm. 2 b.

IV. Abschnitt.

§ 10 Haftung bei Gesellschafterbeschlüssen.

I. Die Ausübung des Stimmrechts.

In § 116, II HGB wird bestimmt, daß zur Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen, ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist. § 116, III HGB schreibt für die Bestellung von Prokuristen die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter vor, § 115, II HGB sagt: Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können, so bedarf es für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter. § 113, II HGB fordert, daß über die Geltendmachung von Ansprüchen aus einer Verletzung des Konkurrenzverbotes die übrigen Gesellschafter beschließen.

In allen vier Fällen entzieht also das Gesetz die Entscheidung über eine Handlung der Macht des einzelnen Gesellschafters und fordert einen Gesellschafterbeschluß. Bei der Erörterung des Umfangs der Geschäftsführung[1]) wurde bereits festgestellt, daß es sich in diesen vier Fällen um Maßnahmen der Geschäftsführung handelt. Damit ist aber die Zahl der bei der OHG möglichen Gesellschafterbeschlüsse nicht erschöpft. So stellt z. B. § 131, II HGB fest, daß die OHG. durch Beschluß der Gesellschafter aufgelöst wird. Auch bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages zur Neuaufnahme von Mitgliedern und bei einer Reihe von anderen Entscheidungen, die die Grundlage und Organisation der Gesellschaft betreffen, ist ein Beschluß der Gesellschafter notwendig. Alle diese Beschlüsse gehören aber nicht zur Geschäftsführung[1]), „da sie nicht die Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes zum Gegenstand haben, sondern die Grundlage der Gesellschaft selbst betreffen“[2]). Eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht ist nach § 117 bezw. § 127 HGB auf Antrag der übrigen Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch gerichtliche Entscheidung möglich. Auch dieser Beschluß ist keine Geschäftsführungsmaßnahme, da es sich auch hier um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages handelt[3]). Der Gesellschafter ist auch nach § 122, II HGB. nicht berechtigt, seinen Kapitalanteil ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter zu vermindern. Auch bei den Beschlüssen der Gesellschafter nach § 140 HGB. (Ausschluß eines Gesellschafters bei Weiterbestehen der Gesellschaft)

[1]) Vergl. oben § 4, II S. 15 ff.
[2]) So Hueck, Gesellschafterbeschlüsse, S. 706.
[3]) Vergl. auch Hueck, Treupflicht, S. 18.

und nach § 141 HGB (Fortbestehen durch Beschluß) stimmen die Gesellschafter nicht als Geschäftsführer. Alle diejenigen Beschlüsse, bei denen die Gesellschafter nicht als Geschäftsführer handeln, liegen außerhalb des Bereichs dieser Arbeit.

Da es sich bei den oben aufgeführten ersten vier Fällen von Gesellschafterbeschlüssen um Akte der Geschäftsführung handelt, muß das Stimmrecht auch in allen vier Fällen nach den gleichen Grundsätzen ausgeübt werden wie das Widerspruchsrecht. Die Zustimmung muß nach bestem Ermessen und unter Berücksichtigung der Gesellschaftstreue abgegeben werden, sie darf nicht willkürlich oder aus eigennützigen Interessen verweigert werden. Bei der Ausübung des Stimmrechts hat der Gesellschafter mit der Sorgfalt vorzugehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Hier ist auf einen Unterschied bei der Behandlung in der Sorgfaltspflicht hinzuweisen. Während die §§ 115, II und 116, III HGB von einer Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter sprechen, haben nach §§ 113, II und 116, II HGB die übrigen bezw. sämtliche Gesellschafter abzustimmen Durch diese Unterscheidung wird die Pflicht, nach bestem Ermessen und mit Rücksicht auf die Gesellschaftstreue abzustimmen, zwar nicht berührt, wohl aber ist der Sorgfaltsmaßstab ein anderer. Denn von einem Gesellschafter, der von der Geschäftsführung im engeren Sinn ausgeschlossen ist, kann im allgemeinen nicht die gleiche Kenntnis der Gesellschaftsverhältnisse verlangt werden wie von einem Gesellschafter, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Da nicht nur ein Stimmrecht, sondern auch eine Stimmpflicht besteht, muß wegen der Wichtigkeit der Entscheidung auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter im Falle des § 113, II und § 116, II HGB entscheiden. Er darf sich nicht wegen mangelnder Sach- und Fachkenntnis von der Abstimmung ausschließen. Sachlicher Meinungsstreit über die Zweckmäßigkeit einer Handlung zieht die gleichen Folgerungen nach sich wie bei dem Widerspruchsrecht. Im Falle eines Verstoßes gegen die Treupflicht kann der Gesellschafter zur Erteilung seiner Zustimmung durch Klage angehalten werden[4]). Für das Stimmrecht in eigenen Angelegenheiten gilt ebenfalls das Gleiche wie bei dem Widerspruchsrecht in eigenen Angelegenheiten. Die Anwendung des § 152, II HGB ist hier wie dort abzulehnen. Durch die Treupflicht ist den Interessen der Gesellschaft genügend Rechnung getragen.

Streitig ist, ob eine einmal erteilte Zustimmung widerrufen werden kann. Lehmann-Ring ist der Meinung, daß nach § 183 BGB. die Zustimmung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäftes frei

[4]) Vergl. Brandt § 115, Anm. 3; Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 10; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 711; Knoke S. 57; Oertmann, § 709, Anm. 3; RG. 49, 630; RG. 97, 331; Ritter § 115, Anm. 7; Staudinger § 709, Anm. II 6; abw. Staub-Pinner § 115, Anm. 9; Wieland S. 571.

widerruflich sei. Wie Düringer-Hachenburg[5]) aber zutreffend ausführt, verkennt Lehmann-Ring die Anwendungsmöglichkeit des § 183 BGB, da es sich bei dieser Vorschrift um Beziehungen zu Dritten handelt, während die Zustimmung eines Gesellschafters lediglich interne Wirkung äußert. Könnte jeder Gesellschafter seine Zustimmung frei widerrufen, so würde dies eine schwer zu tragende Unsicherheit in den Gesellschaftsbetrieb bringen. Staub-Pinner[6]) vertritt die Ansicht, daß die erteilte Zustimmung nur durch Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung zurückgenommen werden kann. Diese Auslegung entspricht in keiner Weise den Erfordernissen von Gesellschafterbeschlüssen, die zur Geschäftsführung gehören. Vielmehr ist Düringer-Hachenburg[5]) zuzustimmen, wenn er sagt, daß es nicht nur ein Stimmrecht, sondern auch eine Stimmpflicht, also auch eine positive Teilnahme an den Verwaltungsgeschäften gäbe und daß aus diesem Zweck der Zustimmung zu folgern sei, daß die einmal erteilte Zustimmung aus wichtigen Gründen, insbesondere wegen inzwischen eingetretener wesentlicher Veränderungen der Sachlage widerrufen werden könne[7]).

Auch die formellen Voraussetzungen sind für die Zustimmung die gleichen wie bei dem Widerspruchsrecht. Die Zustimmung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, unterliegt keinen Formvorschriften, kann also auch durch schlüssige Handlung zum Ausdruck gebracht werden und kann einheitlich zu einer Reihe von Geschäften erteilt werden. Endlich gelten auch für die Beachtlichkeit einer Zustimmung die gleichen Grundsätze. Wie ein Gesellschafter einen schikanösen, sitten- oder gesetzwidrigen Widerspruch als nichtig unbeachtet lassen kann, so ist auch bei einem Gesellschafterbeschluß eine schikanöse, sitten- oder gesetzwidrige Stimmabgabe nichtig. Wenn also auch an sich für jeden Beschluß positive Zustimmung notwendig ist, so muß eine offensichtlich illoyale schuldhafte Verweigerung der Zustimmung unbeachtet bleiben. Denn es kann kein Unterschied sein, ob die gleiche Handlung bei Einzelgeschäftsführung durch einen nichtigen Widerspruch verhindert werden soll, oder bei Gesamtgeschäftsführung durch nichtige Stimmabgabe.

Nach diesen allgemeinen Ausführungen über das Stimmrecht sei noch kurz auf die einzelnen Beschlüsse selbst eingegangen. § 115, II HGB läßt den Gesellschaftern die Möglichkeit, durch vertragliche Vereinbarung anstelle der Einzelgeschäftsführung die Gesamtgeschäftsführung zu setzen.

Da das Gesetz von Zustimmung spricht, müssen die einzelnen Geschäftsführungshandlungen von den geschäftsführenden Gesell-

[5]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115 Anm. 11.
[6]) Vergl. Staub-Pinner § 116, Anm. 4.
[7]) So auch Wieland S. 571, Anm. 40; Schwarz § 115, Anm. 3.

schafter beraten und über sie abgestimmt werden. Nicht aber müssen sie von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich ausgeführt werden. Das wäre auch praktisch undurchführbar. Für laufende, tägliche Geschäfte untergeordneter Art wird die Zustimmung solange als erteilt gelten, als nicht ein Gesellschafter widerspricht[8]). Die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter ist in der Regel erforderlich. Wenn sie wegen Krankheit oder Abwesenheit eines Gesellschafters nicht beizubringen ist und dem Gesellschafter nach § 1911 BGB ein Abwesenheitspfleger nicht gestellt werden kann[9]), so muß die Handlung unterbleiben. Eine Ausnahme macht das Gesetz nur, wenn Gefahr in Verzug ist. Auch Handlungen, die der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens dienen, dürfen ohne Zustimmung vorgenommen werden. Schlägt ein Gesellschafter eine Maßnahme, die ihm notwendig und zweckmäßig erscheint, zur Abstimmung den anderen Gesellschaftern vor und scheitert die Maßnahme wegen der Weigerung der anderen Gesellschafter, so ist der Gesellschafter, der die Maßnahme vorgeschlagen hat, von jeder Verantwortung frei[10]).

§ 116, II HGB. fordert für die Vornahme ungewöhnlicher Handlungen einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter. Gefahr in Verzug gestattet keine Ausnahme von dieser Vorschrift[11]). Wie bei der Gesamtgeschäftsführung obliegt die praktische Durchführung der Beschlüsse dem geschäftsführenden Gesellschafter. Die allgemeinen Haftungsgrundsätze gelten auch hier.

II. Haftung bei Ausübung des Stimmrechts.

Weigert sich ein Gesellschafter, sein Stimmrecht auszuüben, so ist er genau so zu behandeln wie ein Gesellschafter, der sich weigert, seine Geschäftsführungspflicht zu erfüllen. Wie dort auf Leistung der versprochenen Dienste geklagt werden kann, so kann er hier zur Erfüllung seiner Stimmpflicht angehalten werden. Entgeht der Gesellschaft durch die Nichtausübung des Stimmrechts ein Geschäft, so hat der Gesellschafter den Schaden zu ersetzen.

Im übrigen ist die Haftung beim Stimmrecht genau so zu behandeln wie die Haftung beim Widerspruchsrecht. Die pflichtwidrig schuldhafte Ausübung des Stimmrechts ruft die gleichen Folgen hervor wie ein Widerspruch, der schuldhaft pflichtwidrig erhoben wird. Es liegt eine Verletzung der Geschäftsführerpflicht vor. Die Nichtbeachtung eines Beschlusses ist eine Überschreitung der Geschäftsführungsmacht, der Gesellschafter haftet als Geschäftsführer ohne Auftrag.

---

[8]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 9; Oertmann § 709, Anm. 2.
[9]) Vergl. Neufeld-Schwarz § 115, Anm. 5.
[10]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 10; Gorski S. 72.
[11]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 116, Anm. 3; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 707; ROHG. 20, 247 abw. Gorski S. 43.

V. Abschnitt.

Haftung bei Notgeschäftsführung, Prokuraerteilung und bei vertraglich geregelter Geschäftsführung.

§ 11. Notgeschäftsführung und Prokura-Erteilung.

Nach § 115, II HGB kann bei vertraglicher Gesamtgeschäftsführung auf eine Zustimmung sämtlicher Gesellschafter dann verzichtet werden, wenn Gefahr in Verzug ist. Gefahr in Verzug liegt nicht nur dann vor, wenn durch eine Verzögerung der Handlung der Gesellschaft ein Schaden entstehen würde, sondern auch, wenn der Gesellschaft mit Wahrscheinlichkeit ein Gewinn entgehen könnte[1]). Denn für ein Handelsunternehmen bedeutet auch ein entgangener Gewinn einen Schaden. Trotz Gefahr in Verzug ist der handelnde Gesellschafter aber verpflichtet, sich der Zustimmung möglichst vieler Gesellschafter zu vergewissern. Unterläßt er dies, so macht er sich verantwortlich[2]). Hat ein anderer Gesellschafter bereits seine Zustimmung verweigert, also widersprochen, so ist die Geschäftsführungshandlung auch dann nicht statthaft, wenn Gefahr in Verzug ist[3]). Die Behauptung, daß Gefahr in Verzug sei, macht hiefür beweispflichtig, denn es ist ein allgemeiner Grundsatz, daß derjenige, der sich auf eine Ausnahmebestimmung von der allgemeinen gesetzlichen Regel beruft, das Vorhandensein der Voraussetzungen zu beweisen hat[4]).

Auch bei der Erteilung der Prokura kann von einer Zustimmung aller Gesellschafter abgesehen werden, wenn Gefahr in Verzug ist. Es gilt auch hier das Obengesagte. Jedoch liegt stets nur eine vorläufige Maßnahme vor[5]), über deren Gültigkeit die anderen Gesellschafter baldmöglichst zu entscheiden haben.

Da Erteilung und Widerruf der Prokura Maßnahmen der Geschäftsführung sind, dürfen auch sie nur im Interesse der Gesellschaft ausgeübt werden. Zur Erteilung der Prokura ist nur ein Beschluß der geschäftsführenden, nicht der übrigen Gesellschafter notwendig. Dies gilt selbst dann, wenn die Bestellung eines Prokuristen ein für die Gesellschaft „ungewöhnliches" Geschäft wäre.

---

[1]) Zustimm. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 9; Brand § 115, Anm. 3 b; Behrend S. 13; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 704; Staub-Pinner § 115, Anm. 7; Ratsburg S. 16, abw. Gorski S. 74; Lehmann-Ring § 115, Nr. 2; Oelfke S. 11; Renaud S. 274.

[2]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 9; Staub-Pinner § 115, Anm. 7; Ritter § 115, Anm. 5; Wieland S. 750 Anm. 38; ZHR. 21, 526 ROHG. 20, 274.

[3]) h. M. abw. Gorski S. 75, Renaud 276.

[4]) Vergl. Enneccerus allgem. Teil. S. 110.

[5]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 116, Anm. 4 OLG. Dresden in ZHR. 35, 230.

Der Widerruf der Prokura kann von jedem, der zur Erteilung oder Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen (§ 116, III, 2 HGB). Diese Vorschrift soll ein rasches Handeln sichern, denn bei der großen Verfügungsmacht des Prokuristen kann stets Gefahr in Verzug gegeben sein.

§ 12 Haftung bei vertraglich geregelter Geschäftsführung.

In den vorstehenden Ausführungen wurde die Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters der OHG nach den allgemeinen gesetzlichen Haftungsvorschriften des BGB und HGB betrachtet. Nach dem im Schuldrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ist es den Vertragspartnern aber nicht nur möglich, einen von der Normalform des Gesetzes abweichenden Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, sondern auch andere Haftungsvorschriften als die gesetzlichen im Gesellschaftsvertrag festzulegen. Nur die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Gesellschafter nach der zwingenden Vorschrift des § 276, II BGB nicht im Voraus, also auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag erlassen werden.

Dagegen wäre es denkbar, wenn auch fast nur theoretisch, daß im Gesellschaftsvertrag die Haftung wegen Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird. Praktisch von größerer Bedeutung ist eine vertragliche Bestimmung über die Grenzen der Fahrlässigkeit. Der vom Gesetz vorgesehene Sorgfaltsmaßstab der diligentia quam in suis kann verschärft oder gemildert werden. So ist es möglich, den Geschäftsführer für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt haften zu lassen, oder ihm die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorzuschreiben. Wenn individuelle Sorgfalt (§ 277 BGB) vereinbart ist, kann durch Vertrag eine Haftung wegen grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden[6]). Auch die Haftung für ein Verschulden der Angestellten der Gesellschaft kann besonders geregelt werden.

Häufiger als eine Änderung der Haftungsvorschriften wird der Gesellschaftsvertrag eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften über die Geschäftsführung vorsehen.

Die gesetzliche Regelung über die Geschäftsführung findet, wie alle Vorschriften über das Verhältnis der Gesellschafter untereinander nur insoweit Anwendung, als der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (§ 109 HGB). Die Gesellschafter haben also bei der Ausgestaltung des Innenverhältnisses völlig freie Hand. Eine Grenze bilden nur die zwingenden allgemeinen Rechtssätze des bürgerlichen Rechts; z. B. über Unsittlichkeit oder objektive Unmöglichkeit. Die Vielgestaltigkeit der Handelsgewerbe und die Mannigfaltigkeit der Aufgaben bei kaufmännischen Unternehmungen machen es dem Gesetzgeber unmöglich, eine für alle Fälle aus-

[6]) h. M. Vergl. auch RG. 20, 116.

reichende Regelung zu treffen. Die Gesellschafter können bei Aufstellung des Gesellschaftsvertrages am besten übersehen, in welchen Grenzen das Geschäft sich bewegen wird, welche besonderen Vereinbarungen für besondere Verhältnisse zweckmäßig und notwendig erscheinen. Es ist natürlich unmöglich, auf alle Möglichkeiten einzugehen, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden können und es würde außerhalb des Bereiches dieser Untersuchung liegen, sich mit den hier auftauchenden Problemen zu befassen. Daher seien nur einige besonders wichtige und häufig verwandte Möglichkeiten angedeutet, wie der Gesellschaftsvertrag abweichend vom Gesetz gestaltet werden kann.

Der Umfang der Geschäftsführung kann in sachlicher und persönlicher Beziehung erweitert oder beschränkt werden. So kann vereinbart werden, daß ein Gesellschafter auch bei gewöhnlichen Geschäften nicht allein, sondern etwa nur mit einer bestimmten Zahl von Gesellschaftern oder Prokuristen handeln darf. Die Geschäftsführung kann dahingehend eingeengt werden, daß ein Geschäftsführer bestimmte Geschäfte nur allein, andere nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter vornehmen kann, wobei eine Wertgrenze oder besondere Geschäftsarten entscheidend sein können. Auch kann für besonders wichtige Geschäfte eine Sonderregelung getroffen werden, wobei „wichtige" Geschäfte den „ungewöhnlichen" Geschäften nicht gleichzustellen sind[7]).

Auch das Widerspruchsrecht kann beliebig beschränkt oder ganz aufgehoben werden[8]). Das Widerspruchsrecht ist das umstrittenste Gebiet der Geschäftsführung, es finden sich aus diesem Grunde im Schrifttum auch die meisten Vorschläge, wie dieses Recht im Gesellschaftsvertrag am besten zu regeln sei. Diese Vorschläge haben den Vorteil, daß sie sich den gegebenen Verhältnissen der einzelnen Gesellschaft anpassen lassen, ob sie im allgemeinen aber günstiger wie die gesetzliche Regelung sind, erscheint sehr zweifelhaft. So wäre es z. B. bei einem besonders ängstlichen Gesellschafter möglich, das Widerspruchsrecht einzuengen oder ganz zu beseitigen, vorausgesetzt, daß hiezu ein solcher Gesellschafter seine Zustimmung gibt, was selten sein dürfte. Wie schon oben[9]) ausgeführt wurde, ist es ratsam, die Entscheidung über die Beachtlichkeit eines Widerspruchs in Streitfällen möglichst einem Dritten zu übertragen. Die Gesellschafter sind aber an seine Entscheidun-

---

[7]) Vergl. auch Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 705; a. M. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 12.

[8]) h. M. Vergl. Düringer-Hachenburg § 114, Anm. 8; RGR. Komm. § 711, Anm. 2; Schwarz § 115, Anm. 2 und 3; Staub-Pinner § 115, Anm. 4; abw. Fiedler S. 40; Lehmann-Ring § 115, Nr. 3; Knoke S. 59; Oertmann § 711, Anm. 2.

[9]) Vergl. oben § 8, IV. S. 39 ff.

gen, soweit dies der Gesellschaftsvertrag nicht besonders vorsieht, nicht gebunden und können noch eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen.

Bei Beschlüssen kann anstelle der vom Gesetz vorgesehenen Einstimmigkeit aller zur Mitwirkung berechtigten Gesellschafter (§ 119 HGB) auch eine Entscheidung durch einfache oder qualifizierte Stimm-Mehrheit vorgesehen werden. Hiebei kann das Stimmrecht nach Köpfen, aber auch nach der Kapitalbeteiligung der einzelnen Gesellschafter oder in irgend einer anderen Form geregelt werden. Auf die äußerst umstrittene Frage, welche Grenzen die Privatautonomie der Gesellschaft überhaupt hat, kann hier nicht eingegangen werden[10]).

Der geschäftsführende Gesellschafter haftet natürlich für die Beachtung dieser, von der gesetzlichen Form abweichenden vertraglichen Bestimmungen in gleicher Weise, wie bei den „gesetzlichen Pflichten". Denn die Grundlage der Haftung ist ja stets der Gesellschaftsvertrag[11]). Hält ein Gesellschafter die ihm durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Grenzen nicht ein, so liegt ein Überschreiten seiner Befugnisse vor, er haftet wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag.

[10]) Vergl. hiezu Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 714; Wieland S. 579.
[11]) Vergl. oben § 2 S. 10 ff.

VI. Abschnitt.

Die Folgen der Haftung.

§ 13 Umfang und Geltendmachung des Schadens.

I. Grund und Umfang der Ersatzpflicht.

Vorausgesetzt, daß zwischen der schuldhaft pflichtwidrigen Handlung des Gesellschafters und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht, hat der geschäftsführende Gesellschafter nach § 249 ff. BGB Schadensersatz zu leisten. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ist er verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Zu ersetzen ist nicht nur der positive Schaden (damnum emergens), der in der Beeinträchtigung des schon vorhandenen Vermögensstandes besteht, sondern nach § 252 BGB auch der entgangene Gewinn (lucrum cessans), d. h. die Vereitelung eines in Aussicht stehenden Vermögenserwerbes.

Bei jedem Fall der Haftung muß geprüft werden, ob der Gesellschafter im Rahmen seiner Geschäftsführungsmacht vorsätzlich oder fahrlässig pflichtwidrig gehandelt hat, oder ob er seine Befugnisse überschritten und daher als Geschäftsführer ohne Auftrag haftet (§ 677 ff BGB). Ein solches Überschreiten der Befugnisse liegt z. B. dann vor, wenn der Gesellschafter Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen, ohne Beschlußfassung selbständig vornimmt, oder, wenn er gegen einen wirksamen Widerspruch eines anderen Gesellschafters handelt, oder, wenn er Schranken, die ihm der Gesellschaftsvertrag auferlegt, nicht einhält. In jedem Fall hat der Gesellschafter natürlich nicht mehr als den entstandenen Schaden zu ersetzen. Hat er aber seine Befugnisse überschritten, so muß er den Zustand herstellen, der bestanden hatte, ehe das zum Schaden verpflichtende Ereignis — die Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis — eingetreten ist. Da jedoch ein Widerspruch, mangelnde Zustimmung oder eine sonstige Rechtsverletzung im Außenverhältnis keine Wirkung äußert, wenn der Gesellschafter vertretungsberechtigt war, so ist die Gesellschaft im allgemeinen verpflichtet, auch ein derartig zustandegekommenes Geschäft Dritten gegenüber gelten zu lassen. Will sich die Gesellschaft daher von einem so pflichtwidrig vorgenommenen Geschäft befreien, so kann sie verlangen, daß der Gesellschafter das Geschäft auf eigene Rechnung und Gefahr nimmt[1]). Der Gesellschafter, der pflichtwidrig gehandelt hat, ist verpflichtet, die Gesellschaft von den eingegangenen Verpflichtun-

[1]) Vergl. Wieland S. 563, 564, 569; RGLZ. 1913, 581.

gen zu befreien[2]). Die übrigen Gesellschafter können aber eine verbotswidrig vorgenommene Handlung genehmigen[3]). Die Handlung verliert dann ihren rechtswidrigen und damit schadensersatzpflichtigen Charakter. Solange die Gesellschaft von ihrem Schadensersatzanspruch keinen Gebrauch macht, darf der Gesellschafter das rechtwidrige Geschäft nicht auf eigene Rechnung nehmen, sondern muß es für die Gesellschaft gelten lassen. Wann sich die Gesellschaft entscheiden muß, ob sie den ungehorsamen Gesellschafter in Anspruch nehmen will, darüber sagt das Gesetz nichts und auch die Literatur hat diese Frage kaum behandelt. Hahn meint[4]), die Gesellschaft sei hiezu „jederzeit" berechtigt. Dieser Ansicht ist an sich zuzustimmen, denn wenn z. B. ein wirksamer Widerspruch eingelegt oder eine erforderliche Zustimmung nicht erteilt wurde und der Gesellschafter hat dennoch gehandelt, so muß er das Geschäft auf eigene Rechnung nehmen. Zeigt die spätere Entwicklung des Geschäfts aber, daß der Gesellschaft kein Schaden, sondern im Gegenteil ein Nutzen entsteht, so wäre es nun von dem anderen Gesellschafter treuwidrig, wenn er den Widerspruch nicht zurücknehmen bezw. die Zustimmung erteilen würde. Und er wird dies regelmäßig schon im eigenen Interesse tun. Die Gesellschaft kann also abwarten, in welcher Weise sich das verbotene Geschäft entwickelt und kann bei ungünstiger Entwicklung den Gesellschafter zwingen, es auf eigene Rechnung zu nehmen. Theoretisch gesehen, könnte dabei allerdings folgender Fall eintreten: Ein besonders vorsichtiger Gesellschafter legt bei jedem unsicheren Geschäft Widerspruch ein oder bei Gesamtgeschäftsführung versagt er seine Zustimmung in der Hoffnung, daß der handelnde Gesellschafter das Geschäft doch vornehmen wird. Nimmt dann der handelnde Gesellschafter das Geschäft vor, so könnte der widersprechende Gesellschafter ruhig abwarten, wie das Geschäft ausgeht, und je nach gutem oder schlechtem Ausgang das Geschäft für die Gesellschaft in Anspruch nehmen oder aber den Gesellschafter verantwortlich machen. Zwar dürfte eine solche OHG schwerlich lange bestehen. Die Möglichkeit eines derartigen Mißbrauchs wird auch durch die in dieser Arbeit vertretene Begründungspflicht eingeengt. Darüber hinaus muß dem verbotswidrig handelnden Gesellschafter aber doch das Recht zugestanden werden, nach angemessener Frist und bei mißbräuchlicher Ausnützung dieser Sachlage von Seiten der Gesellschaft, nun auch von der Gesellschaft eine Entscheidung darüber zu verlangen, ob sie das Geschäft gelten lassen will oder nicht. Das Wettbewerbsverbot des § 112, I HGB, das dem Gesellschafter

---

[2]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6; Auf diese Wiederherstellung des früheren Zustandes soll noch unten S. ?? eingegangen werden.

[3]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 7; Staub-Pinner § 115, Anm. 16; Wieland S. 563.

[4]) Vergl. S. 60.

Geschäfte im Handelszweige der Gesellschaft verbietet, sorgt dafür, daß der Gesellschafter von diesem Recht nicht in unzulässiger Weise Gebrauch machen kann.

Wie oben[5]) schon festgestellt wurde, hat ein Gesellschafter, der seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten, den Zustand wieder herzustellen, der vor seiner Pflichtverletzung bestanden hatte. Es ist nun zu unterscheiden, ob eine „reine Geschäftsführungshandlung", also eine Maßnahme vorliegt, die nur das innere Leben der Gesellschaft betrifft, oder aber, ob der Gesellschafter durch seine Geschäftsführungshandlung in Rechtsbeziehungen zu Dritten getreten ist.

Handelt es sich um Geschäftsführungshandlungen der ersten Art, also um Betriebsanordnungen, so wird der frühere Zustand verhältnismäßig leicht wiederherzustellen sein, vorausgesetzt, daß der Anspruch überhaupt rechtzeitig geltend gemacht wird. So wird z. B. ein Gesellschafter, der gegen einen Widerspruch ein Werbeschild entfernt hat, dieses Schild wieder anbringen, und wenn hierdurch ein Schaden entstanden ist, auch diesen Schaden ersetzen müssen.

Liegt aber ein Rechtsgeschäft vor, das Dritten gegenüber vorgenommen wurde, so ist zu prüfen, ob der Gesellschafter Vertretungsmacht hatte oder nicht. Besaß der Gesellschafter keine Vertretungsmacht, dann besitzt das Rechtsgeschäft für die Gesellschaft keine Gültigkeit, und der Gesellschafter wird nur persönlich aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes bringt aber dann Schwierigkeiten mit sich, wenn der pflichtwidrig handelnde Gesellschafter Vertretungsmacht besaß. Denn da die Vertretungsmacht nach § 126 HGB unbeschränkbar ist, wird die Gesellschaft auch durch ein Geschäft verpflichtet, bei dem ein Gesellschafter seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten hat. Die Möglichkeiten der Wiederherstellung und Schadensberechnung sind so verschieden, daß auf die Hauptfälle näher eingegangen werden muß.

Hat ein Gesellschafter in Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis für die Gesellschaft Verpflichtungen eingegangen, so muß er sie davon befreien[6]). Er wird also zunächst versuchen, das Geschäft rückgängig zu machen, was zwar aus geschäftlichen Rücksichten nur selten geschehen wird. Erklärt sich der Vertragsgegner damit nicht einverstanden, so muß die Gesellschaft das Geschäft gelten lassen, also z. B. die eingekauften Waren zunächst abnehmen und den vereinbarten Kaufpreis bezahlen. Der pflichtwidrig handelnde Gesellschafter aber ist verpflichtet, die Waren abzunehmen und den Kaufpreis zu ersetzen. Dies k a n n die Gesellschaft von dem Gesellschafter, der treuwidrig gehandelt hat,

[5]) Vergl. oben § 8, IV. S. 39 ff.
[6]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6 Abs. 2.

verlangen. Hahn[7]) führt aber sehr richtig aus, daß sich die Gesellschaft gegenüber dem ungehorsamen Gesellschafter möglichst so verhalten soll, daß aus der unbefugten Handlung ein geringer Schaden entstehe. Sie wird dies im allgemeinen nicht nur mit Rücksicht auf die gesamte Volkswirtschaft und aus Billigkeitsgründen gegenüber dem treuwidrigen Gesellschafter tun, sondern vor allem, um das Verhältnis vertrauensvoller Zusammenarbeit wieder herzustellen, ohne das eine nutzbringende Arbeit in einer OHG unmöglich ist. So wird die Gesellschaft z. B. im Fall eines verbotswidrigen Einkaufs von Waren, diese Waren auf ihr Lager nehmen und in regelmäßigem Geschäftsgang verkaufen, und von dem ungehorsamen Gesellschafter nur Ersatz des eingetretenen Schadens verlangen. Die Gesellschaft ist aber hiezu nicht unbedingt verpflichtet und die Unterlassung derartiger Maßnahmen wäre nie ein mitwirkendes Verschulden bei der Schadensentstehung. Dagegen würde ein derartiges Verschulden nach § 254 BGB dann vorliegen, wenn die Gesellschaft dem Geschäftsgegner gegenüber die Abnahme der Ware und die Zahlung verweigern würde, dieser seinen durch Selbsthilfeverkauf entstandenen Schaden gegenüber der Gesellschaft geltend macht und die Gesellschaft von dem Gesellschafter den gesamten Schaden fordern würde. Wenn der ungehorsame Gesellschafter noch den Nachweis liefert, daß er die Waren ohne Verlust hätte verkaufen können, so hat die Gesellschaft den durch ihr Vorgehen entstandenen größeren Schaden zu tragen[8]). Denn dieser Schaden beruht auf einer Pflichtverletzung der Gesellschaft und nicht des Geschäftsführers.

Ebenso kann die Gesellschaft bei einem verbotswidrigen Verkauf die Lieferung nicht verweigern, sondern der ungehorsame Gesellschafter hat entweder den Wert der verkauften Waren der Gesellschaftskasse zu vergüten, oder aber er muß, wenn die Gesellschaft an den verkauften Gegenständen ein berechtigtes Interesse hat, diese oder gleichwertige Gegenstände wieder beschaffen.

Entsprechendes gilt für andere Verträge, wie Miete, Pacht, Dienstvertrag usw. Der Gesellschafter ist verpflichtet, die eingegangenen Verhältnisse wieder zu lösen bezw. verbotswidrig gelöste wiederherzustellen. Bei Dienstverträgen braucht die Gesellschaft die angebotenen Dienste nicht anzunehmen, denn nach § 611 BGB wird zwar derjenige, der Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet, nicht aber wird der andere Teil aus dem Dienstvertrag verpflichtet, die Dienste anzunehmen, sondern nur dazu, die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Diese Vergütung hat der Gesellschafter zu tragen.

---

[7]) Vergl. Hahn S. 56.

[8]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6 Abs. 2; Nebel S. 31; Hahn S. 61.

Ebenso liegen die Verhältnisse bei der Miete. Die Gesellschaft ist verpflichtet, den Mietzins zu zahlen, nicht aber von der gemieteten Sache Gebrauch zu machen. Macht die Gesellschaft dennoch von der Mietsache Gebrauch, so kann darin eine Genehmigung des Geschäfts und ein Verzicht auf den Schadensersatzanspruch zu sehen sein[9]). Die Gesellschaft kann aber auch von der angebotenen Leistung Gebrauch machen mit dem Vorbehalt etwaiger Schadensansprüche. Der ungehorsame Gesellschafter hat dann den Betrag zu vergüten, um den die Leistung zu teuer ist und hat andere Schäden, die durch seine Pflichtverletzung entstanden sind, zu ersetzen.

Besonders schwierig gestaltet sich die Wiederherstellung und Vorteilsausgleichung[10]), wenn der Gesellschafter unbefugt tatsächliche Änderungen wie z. B. die Errichtung von Bauten vorgenommen hat. Düringer-Hachenburg[11]) äußert hier zutreffend, daß vor allem der tatsächliche Zustand des Gesellschaftsvermögens in Betracht komme, die Festlegung flüssiger Mittel in feste Anlagen und daß daher der frühere wirtschaftliche Zustand wiederhergestellt werden müsse, also die Rückerstattung der freien Mittel. Das Verlangen, einmal errichtete Erweiterungsbauten oder Arbeiterwohnungen niederzureißen, um so den früheren Zustand wiederherzustellen, wäre schikanös und würde jedem gesunden Wirtschaftsdenken widersprechen.

In vielen der angeführten Fälle tritt auch § 251, II BGB. in Kraft, d. h. der zum Schadensersatz Verpflichtete ist dann nicht zur Naturalrestitution verpflichtet, wenn diese nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist. In diesem Falle muß sich die Gesellschaft mit dem Ersatz des Schadens in Geld begnügen.

Die Höhe des Schadensersatzes richtet sich nach dem Gesamtergebnis des Geschäftes. Der schadensersatzpflichtige Gesellschafter hat der Gesellschaft den gesamten Schaden zu ersetzen, der der Gesellschaft entsteht, also auch den Schaden, der den Verpflichteten selbst anteilsmäßig trifft[12]).

Artikel 94, II A HGB. stellte ausdrücklich fest, daß der Geschäftsführer nicht mit den Vorteilen aufrechnen könne, die er der Gesellschaft durch andere selbständige Geschäfte verschafft hat. Diese Bestimmung hat das neue HGB wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht aufgenommen.

Wie schon festgestellt wurde, kann die Gesellschaft auch ein Geschäft, das ein Gesellschafter unbefugt vorgenommen hat, ganz

[9]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6.
[10]) Vergl. hierüber unten § 13, I S. 63 ff.
[11]) Vergl. Düringer-Hachenburg § 115, Anm. 6 Abs. 2.
[12]) Vergl. Schlegel S. 78.

oder teilweise für sich in Anspruch nehmen, ohne daß darin regelmäßig eine Genehmigung des Geschäfts oder ein Verzicht auf spätere Schadensersatzansprüche zu sehen wäre. So kann die Gesellschaft z. B. bei tatsächlichen Änderungen, wie es ein Fabrikerweiterungsbau ist, sehr wohl von dem Neubau Gebrauch machen, und dennoch von dem ungehorsamen Gesellschafter Schadensersatz verlangen. Da in solchen Fällen die Gesellschaft auch einen Nutzen aus dem Geschäft ziehen kann, sind bei der Schadensberechnung diejenigen Vorteile auszugleichen, welche die Gesellschaft aus der unbefugten Handlung gezogen hat. Diese „Vorteilsausgleichung“[13]) (compensatio lucri cum damno) ist aber nur möglich, wenn unmittelbar aus der Pflichtverletzung des Gesellschafters der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Sie kann in manchen Fällen deshalb zu Schwierigkeiten führen, weil im Zeitpunkt des Schadensersatzprozesses die Höhe des Vorteils noch nicht feststeht. So entschied das Reichsgericht im 109. Band S. 57 ff., daß auf die Verpflichtung zum Schadensersatz (in der genannten Entscheidung handelt es sich um eine Schadensersatzforderung wegen eines trotz gültigen Widerspruchs vorgenommenen Erweiterungsbaues einer Fabrik) grundsätzlich die Regeln über den Vorteilsausgleich anzuwenden seien, daß aber der Gesellschaft zuerst die freien Mittel zurückzuerstatten wären. Denn es könne zur Zeit der Urteilsfindung noch nicht festgestellt werden, welcher Nutzen der Gesellschaft aus der pflichtwidrigen Handlung des Gesellschafters erwachsen werde. Seinen Bereicherungsanspruch könne der Gesellschafter später geltend machen. Das Reichsgericht überläßt also die Vorteilsausgleichung einem späteren Prozeß. Diese Entscheidung wurde von Fürst[14]) angegriffen. Er will eine sofortige Vorteilsausgleichung und meint, die Höhe des Schadens ließ sich durch Sachverständige sofort feststellen. Aber auch für Sachverständige ist in vielen Fällen die Entwicklung der Dinge nicht vorauszusehen. Auch Staub-Pinner[15]) scheint eine sofortige Vorteilsausgleichung zu wünschen und Rechnung und Gegenrechnung aufstellen zu wollen, um die Differenz als Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Mit Recht hat das Reichsgericht in der genannten Entscheidung dem Klagsantrag, die errichteten Bauten zu beseitigen, nicht stattgegeben, obwohl dies nach dem Grundsatz der Naturalrestitution zu verlangen wäre. Heute spricht für diese Entscheidung in noch stärkerem Maß die Überlegung, daß wirtschaftliche Werte nicht aus eigensüchtigen Interessen zerstört werden sollen. Es muß der Ansicht des RG. aus diesem Grunde aber auch in der Frage der Vorteilsausgleichung

[13]) Vergl. Oertmann § 678, 2 b und Vorbem. 5 zu § 149; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 176 ff., 194, 200.
[14]) Vergl. J. W. 1925, S. 613.
[15]) Vergl. Staub-Pinner § 115, Anm. 4 a.

beigepflichtet werden, denn sie würde den treuwidrig handelnden Gesellschafter zu gut stellen. Von ihm kann verlangt werden, daß er in einem späteren Prozeß den Nachweis führt, in welcher Weise die Gesellschaft ungerechtfertigt bereichert wurde.

Streitig ist, ob der ungehorsame Gesellschafter mit seiner Ersatzleistung bis zur Herausgabe der Gegenleistung durch die Gesellschaft zurückhalten könne. Das Reichsgericht[16]) verneint ein Zurückbehaltungsrecht, da kein Rechtsverhältnis im Sinne der §§ 273, 274 BGB vorhanden sei und die Verpflichtung der Gesellschaft zur Herausgabe erst mit der Ersatzleistung des Gesellschafters entstehe. Dieser Anschauung wird von Hahn[17]) zutreffend entgegengehalten, daß ein Zurückbehaltungsrecht auch dann gegeben sei, wenn keine „gegenseitigen Ansprüche" vorliegen. Es müsse nur ein einheitliches Lebensverhältnis gegeben sein, sodaß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Gläubiger seine Leistung fordern könnte, ohne die Gegenleistung zu bewirken.

II. Die Geltendmachung des Schadens.

Erkennt ein geschäftsführender Gesellschafter, der durch eine schuldhaft pflichtwidrige Handlung einen Schaden verursacht hat, diesen Schaden nicht an und verpflichtet er sich nicht, den früheren Zustand wiederherzustellen, so muß die Gesellschaft den Anspruch im Wege der Klage geltend machen. Da es sich um einen Rechtsstreit aus dem Innenverhältnis handelt, besteht nach § 22 ZPO der besondere Gerichtsstand am Sitze der Gesellschaft.

Schadensersatzansprüche können sowohl von einem geschäftsführenden Gesellschafter namens der Gesellschaft als auch von den übrigen Gesellschaftern im eigenen Namen geltend gemacht werden. Macht ein Gesellschafter einen Anspruch gegen einen anderen Gesellschafter unmittelbar geltend (actio pro sozio), so kann er bei Sozialansprüchen — und Schadensersatzansprüche gehören hiezu — nur Leistung an die Gesellschaft verlangen[18]). Der klagende Gesellschafter muß behaupten und beweisen, daß und welcher Schaden entstanden ist, während der beklagte Gesellschafter zu beweisen hätte, daß ihn kein Verschulden trifft.

Eine Beschlußfassung über die Geltendmachung des Schadens ist nur bei § 113, II HGB vorgesehen, da in diesem Falle ein wahlweiser Anspruch zwischen Schadensersatz- und Eintrittsrecht besteht. Bei schuldhafter Pflichtverletzung eines Gesellschafters ist

---

[16]) Vergl. Staub-Pinner § 115, Anm. 5; Schwarz § 115, Anm. 4; RG. 54, 237.
[17]) Vergl. Hahn, S. 57.
[18]) Vergl. Düringer-Hachenburg II, S. 151, Anm. 124; S. 106, Anm. 86; RG. 123, 23.

der Schadensersatzanspruch ohne weiteres gegeben[19]). Auch Ansprüche auf Erfüllung der Geschäftsführungspflicht können sowohl von dem geschäftsführenden Gesellschafter als auch von den anderen Gesellschaftern geltend gemacht werden.

[19]) Vergl. Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 708.

Lebenslauf.

Am 13. Dezember 1911 wurde ich in München geboren als Sohn des damaligen Bankdirektors Fritz Gutleben und dessen Ehefrau Gertrud geb. Kirchberger.

Nach dem Besuch der Volksschule und des humanistischen Gymnasiums absolvierte ich Ostern 1932 in München. Im Sommerhalbjahr 1932 bezog ich die Universität München und studierte hier — mit Ausnahme eines Semesters in Münster i. Westf. — 7 Semester Rechtswissenschaft. Auf Grund meiner freiwilligen Meldung diente ich in den Jahren 1934/35 ein Jahr bei der Wehrmacht. Im Januar 1937 legte ich die 1. juristische Staatsprüfung ab. Zur Zeit bin ich als Referendar am Oberlandesgerichtsbezirk München beschäftigt.

München, Dezember 1938.

PILGER
DRUCK